



Roj: STS 7119/1991 - ECLI:ES:TS:1991:7119  
Id Cendoj: 28079130011991100344

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1022/1989

Nº de Resolución:

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: LUIS ANTONIO BURON BARBA

Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de apelación que con el núm. 1022 de 1989, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra sentencia fecha 15 de marzo de 1989, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la extinta Audiencia Territorial de Valladolid, sobre acta de liquidación de cuotas. Habiendo sido parte apelada la Cooperativa de Viviendas Valparaíso, que

comparece en esta instancia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia apelada contiene parte dispositiva, que

copiada literalmente dice: "FALLAMOS: Que estimando el presente recurso contencioso administrativo, debemos anular y anulamos por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, las resoluciones de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Valladolid de 9 de noviembre de 1984 y la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 28 de febrero de 1986, así como el acta de liquidación de cuotas de la Seguridad Social 143/84, todo ello en lo referente a la declaración de responsabilidad de la Cooperativa de Viviendas Valparaíso, dejándolas subsistentes en lo demás. No hacemos expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la Administración

del Estado se interpuso recurso de apelación ante la correspondiente Sala del Tribunal Supremo, la cual se admite en ambos efectos, por providencia de 28 de marzo de 1988, en la que también se acordó emplazar a las partes y remitir el rollo y expediente a dicho Tribunal.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones procedentes de la Excmá.

Audiencia Territorial de Valladolid, personada y mantenida la apelación por el Sr. Abogado del Estado, se acuerda darle traslado para que

presente escrito de alegaciones. El mismo evacua el trámite conferido y

tras alegar lo que consideró conveniente a su derecho terminó suplicando la Sala dicte sentencia que estime la presente apelación, revocando la instancia y confirmando las resoluciones invocadas de adverso.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, para votación y fallo se

señaló la audiencia del día 15 de marzo de 1989, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes procedimiento.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo de la extinta Audiencia Territorial de Valladolid, de 15 de marzo de 1989, que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la

Cooperativa de Viviendas Valparaíso contra las resoluciones por las que declaró responsable subsidiaria del defecto de cotización de su contratista D. Jesús Fuertes Lázaro por 50 trabajadores durante el mes de julio de 1983, es apelada por el Abogado del Estado, que impugna el fundamento básico de la sentencia, según el cual los artículos 97 de la Ley General de la Seguridad Social y 42 del Estatuto de los Trabajadores no son aplicables al caso, para establecer la responsabilidad subsidiaria de la Cooperativa recurrente, pues ésta tiene como finalidad exclusiva la construcción de viviendas para sus propios socios, y el cumplimiento de la misma no puede

considerarse actividad empresarial, estando incluso exento del Impuesto

General sobre el Tráfico de las Empresas ( artículo 59.B.11 del Reglamento de éste ).

SEGUNDO.- El Abogado del Estado apelante estima que la precedente argumentación de la sentencia apelada está en radical desacuerdo en el artículo 1º de la Ley General de Cooperativas, nº 3/87, de 2 de abril, apartado 1 establece que "las Cooperativas son Sociedades que desarrollan actividades empresariales imputándose los resultados económicos a los socios."

Alega además el Abogado del Estado que las Cooperativas necesitan, para iniciar su actividad, darse de alta en Licencia Fiscal (hoy Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas), según lo establecido en los artículos 79 y siguientes de la Ley 39/88, de 28 de diciembre , reguladora de las Haciendas Locales, sin que las Cooperativas figuren entre las entidades exentas, relacionadas en el Art. 83 de dicho texto legal; y que la Ley del Impuesto de Sociedades, nº 61/78, de 27 de diciembre, prevé su artículo 23.2.c , que las Cooperativas tributarán al 20 %.

Tal tesis es compatible por esta Sala, y demostrativa del

carácter de actividad empresarial de la desarrollada por las Cooperativas

de Viviendas, personas jurídicas distintas de sus socios componentes. El

hecho de que éstos sean los beneficiarios de su acción social, y que las

viviendas construidas por la Cooperativa no se destinen a la venta a

terceros ni obtenga lucro, no puede equipararse al hecho de la construcción de una vivienda por una persona física para sí propia. La existencia de persona jurídica tiene entidad suficiente en derecho, para erigirla en centro de imputación de una actividad, que en modo alguno es confundible con la de los socios personas físicas, y cuya actividad no puede por menos de calificarse de empresarial, por ser esa la propia calificación que le su ley rectora en su artículo 1º, tanto la actualmente vigente (Ley General de Cooperativas, nº 3/87, de 2 de abril ), como la que lo estaba en el momento del acta de liquidación ( Ley de 19 de diciembre de 1974, nº 52/74 ), que habla de actividad realizada en régimen de empresa en común. Establecida para la Cooperativa la titularidad de una actividad empresarial, resulta ya ineludible la aplicación a la misma de lo dispuesto en el Art. 97.1 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con 68.1 del propio texto , en cuanto a la extensión de la obligación de cotizar del contratista al dueño de la obra, sin que a ello obste el Art. 42 de Ley del Estatuto de los Trabajadores , cuya incidencia respecto a la obligación de cotizar establecida por aquellos preceptos, no sería la de exonerar de esa obligación al empresario dueño de la obra, sino, en su

caso, la de agravarla, convirtiéndola de subsidiaria en solidaria (salvo

supuesto de exoneración del Art. 42.1 in fine, en el que no obstante

subsistiría, según la doctrina mayoritaria, la obligación subsidiaria de

los Arts. 68 y 97 de la L.G.S.S .), tesis del Abogado del Estado en la

primera instancia, que sin embargo se rechazó por la sentencia, con

adecuado criterio, dado que en el acto administrativo recurrido no se

impuso a la Cooperativa recurrente obligación tan gravosa, esta

responsabilidad solidaria, ni se procedió, para exigirla, a la revisión

oficio del acto, regulada en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo .

Se impone por tanto el rechazo de la fundamentación base de la sentencia, y por ende el éxito parcial del recurso de apelación, revocación

parcial de la sentencia apelada y desestimación del recurso

contencioso-administrativo que ésta estimó, en los términos que luego se dirán

.

TERCERO.- El hecho de que, además de la fundamentación base analizada, la sentencia exponga otros dos fundamentos complementarios, reclama, dentro de la plenitud de cognitio propia de este recurso ordinario, que permite el nuevo enjuiciamiento de todo lo tratado en la primera instancia ( SS.T.S. de 4 de octubre de 1990, 25 de enero, 16 y 22 abril de 1991 ), su examen en cuanto obstáculos argumentales de la pretensión apelatoria del Abogado del Estado.

CUARTO.- En cuanto a la proclamada insuficiencia del criterio delimitación de responsabilidades, que la sentencia apelada imputa al acta de la Inspección, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Art. 38 del 1860/1975 , que atribuye a los actos de la Inspección valor y fuerza

probatoria, salvo prueba en contrario, lo que supone una inversión de la carga de la prueba, y la atribución al sujeto pasivo del acta de la de desvirtuar su contenido con pruebas adecuadas.

El acta que nos ocupa está complementada por el informe de la Inspección, en el que el Inspector da cuenta de su fuente de información, la declaración del contratista, obligado principal, que no obtiene ventaja alguna por el hecho de que el responsable subsidiario en caso de insolvencia sea una u otra persona; de ahí la credibilidad de la declaración del Inspector, lo que refuerza la eficacia del acta, en la aquel se limita a constatar un hecho, y no a hacer juicios de valor, o calificaciones jurídicas, sobre la base de pruebas que quedan expresadas el expediente.

Las alegaciones con las que la Cooperativa pretende desvirtuar acta no han sido objeto de una prueba fiable, pues la principal, referida trabajos en obras de la Junta de Castilla y León, está contradicha por certificación de ésta, aportada como prueba de la parte recurrente, en que se niega que durante el mes de julio de 1983 se realizasen trabajos para la misma, con lo que el valor probatorio del acta queda incólume,

que pueda ser desvirtuado por una simple prueba testifical, cual es otra las producidas por dicha parte.

No se ha desvirtuado por tanto la eficacia probatoria del acta la Inspección, que dota a la resolución recurrida de la prueba adecuada, siendo por ello aceptable la argumentación del Tribunal "a quo" que queda analizada.

QUINTO.- En cuanto a la argumentación de que en la fecha del escrito de impugnación del acta estuviera pendiente la devolución al contratista, responsable principal de la liquidación, de la fianza prestada

para las obras ejecutadas para la Junta de Castilla-León, y que la Administración no realizase gestión alguna para cobrar al responsable principal, presuntamente solvente, ha de observarse que la fianza, dado dispuesto en el Art. 119 de la Ley de Contratos del Estado (Texto articulado aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965 ), está afecta a las

responsabilidades previstas en el Art. 115 de la propia Ley , por lo que hasta que no quedasen satisfechas tales responsabilidades no podía

procederse contra ella. En tales circunstancias, carece de base la

argumentación de la sentencia sobre la presunta solvencia del responsable principal, y sobre la falta de gestión de cobro respecto a él, pues el de liquidación constituye el primer trámite de esa gestión, y el hecho incluir en el acta a la Cooperativa dueña de la obra, como responsable subsidiaria, no supone sino la aplicación correcta de preceptos legales así lo establecen. Cosa distinta es que en el momento de una eventual recaudación ejecutiva con base en ese acta, deba procederse primero contra el responsable principal, y solo en caso de insolvencia de éste, contra subsidiario; pero eso es cuestión ajena a este proceso.

Tampoco, por tanto, el argumento que nos ocupa, vale para

fundamentar el éxito del recurso contencioso-administrativo, que la sentencia apelada acogió.

SEXTO.- La revocación de la sentencia apelada, en cuanto

estimatoria total del recurso contencioso-administrativo, obliga a examinar la alegación de la demandante respecto a la no imputabilidad a la misma recargo por mora, que no fue enjuiciado en la primera instancia, dado el sentido de su fallo. La demandante razona la exclusión del recargo, aludiendo al principio de personalidad de las penas y sanciones, con cita del Art. 193 de la L.G.S.S. (hoy derogado por la Ley 8/88) y de los artículos 68 y 76.2 de la propia Ley .

El hecho de que no nos hallemos técnicamente ante un procedimiento sancionador, evidencia la impropiedad de aludir al principio de personalidad de las penas y sanciones, con lo que la cita del hoy derogado Art. 193 de la L.G.S.S . está fuera de lugar.

Como lo está igualmente la del Art. 68 en el sentido que pretende

atribuirle la parte, para excluir de él el recargo, pues lo cierto es que

el término "aportaciones" es tan suficientemente amplio, como para abarcar no solo las cuotas, sino sus recargos, si no se abonan aquellas a tiempo.

Por el contrario, el Art. 76.2 citado ("serán exclusivamente

imputables al empresario los recargos por mora establecidos en el número del artículo 18 de esta Ley") sí justifica la exoneración pretendida, y tal sentido la revocación de la sentencia no debe conducir a la

desestimación total del recurso contencioso-administrativo, sino a una estimación parcial del mismo.

En el contexto total del Art. 76 es clara la contraposición entre

el empresario, primariamente obligado a cotizar, y las personas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 97, a los que en modo copulativo se refiere el párrafo 1 del Art. 76 si, pues, en el 2, se hace una referencia exclusiva al empresario, como sujeto al que debe imputarse el recargo, claro que esa exclusión solo tiene sentido en relación con el párrafo anterior, y con referencia, como excluidos del recargo, a las personas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 97. En la medida en que la responsabilidad aquí cuestionada deriva precisamente de lo dispuesto en Art. 97.1, en relación con el Art. 68.1 de la L.G.S.S ., se impone la conclusión de que el recargo por el defecto de cotización no es imputable la Cooperativa demandante.

SEPTIMO.- No se aprecian motivos que justifiquen una especial

imposición de costas en ninguna de las instancias.

**FALLAMOS**

Que debemos estimar, y estimamos, en parte el recurso de apelación formulado por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la extinta Audiencia Territorial de Valladolid de 15 de marzo de 1989, que revocamos en parte; y en su lugar, que debemos estimar, y estimamos en parte el recurso

contencioso-administrativo, que aquella estimó en su totalidad, en cuanto la imputación a la Cooperativa recurrente en la liquidación recurrida de los recargos por mora del importe del principal de las cuotas en descubierto, recargos que ascienden a las sumas de 145.314 y 27.406 Pts., imputación de recargos que anulamos, desestimando el recurso contencioso cuanto a la imputación del importe de las cuotas en descubierto; y todo ello sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

## VOTOPARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente

Conde Martín de Hijas en el recurso de apelación núm. 1.022/89, de

conformidad a lo dispuesto en el Art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia de 18 de diciembre de

1991.

Con expresión de mi respeto hacia la tesis mayoritaria, de la que en parte disiento, me veo en la necesidad de argumentar mi voto discrepante, exponiendo los que, a mi juicio, debieran haber sido los fundamentos jurídicos y fallo de la sentencia, aceptando los antecedentes de hecho de la misma.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Comparto los fundamentos de derecho sexto y séptimo de la sentencia, que por tanto doy aquí por reproducidos, refiriéndose mi discrepancia a los demás.

Centro ésta en dos puntos: a) uno de carácter estrictamente

formal, referido a la improcedencia de revisar en la apelación fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que no fueron objeto

de impugnación por el Abogado del Estado apelante, y que tienen virtualidad para sustentar el fallo, aun hecha exclusión del fundamento impugnado; b) otro de carácter sustancial, en cuanto al contenido concreto de la revisión en esta alzada del fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada, que, contra lo argumentado en la que es objeto de mi disidencia, estimo totalmente correcto.

SEGUNDO.- En cuanto al primero de los puntos de discrepancia enunciados, estimo que la sentencia se aparta de una jurisprudencia reiterada de esta Sala, según la cual la finalidad del recurso de apelación no es la reproducción de la primera instancia, ni su objeto el enjuiciamiento directo del acto administrativo recurrido en aquella, ni su contenido, en cuanto a la cognitio del tribunal, el propio de la primera instancia, sino que su finalidad es la depuración de los resultados de ésta, su objeto la sentencia apelada,

y el contenido de la cognitio del tribunal el limitado al examen de los motivos de la impugnación, sin que sea admisible que el Tribunal,

de oficio, (salvo en cuanto a vicios de orden público y posibles nulidades absolutas), entre a revisar la sentencia apelada desde perspectivas argumentales diferentes de las establecidas por el apelante ( Sentencias de este Tribunal de 5 de diciembre de 1988; 15 de marzo, 29 de abril, 31 de mayo y 9 de junio de 1989; 2 de abril, 19 de mayo, 22 de junio, 26 de julio, 28 de noviembre, 1 y 28 de diciembre de 1990; 21 de enero, 25 de febrero, 22 y 26 de abril y 6 de mayo de 1991). Especialmente elocuente al respecto es la sentencia, citada, de 28 de diciembre de 1990, según la cual <<la apelación integra un proceso especial por razones jurídico-procesales -o una fase del proceso- que tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, de suerte que, como reiteradamente pone de relieve la jurisprudencia -así, sentencias de 28 de noviembre de 1 de diciembre de 1990-, el escrito de alegaciones del apelante, con su crítica de la sentencia impugnada, delimita el contenido de la cognitio judicial en esta segunda instancia.>>

En el presente caso, la sentencia apelada se apoya en una triple fundamentación jurídica, de la que en el escrito de alegaciones impugnatorias solo se impugna una, la referente a la no aplicabilidad al caso de los artículos 97 de la Ley General de la Seguridad Social y 42 del Estatuto de los Trabajadores ; pero se silencian los otros dos.

En el fundamento de derecho cuarto se da respuesta a uno de los motivos de impugnación de la resolución recurrida por parte de la Cooperativa recurrente, relativo a la falta de prueba de cuales fuesen los trabajadores del contratista, responsable principal, ocupados en la obra de aquélla, a la que, como tal dueña de la obra, se le declaraba responsable subsidiaria. Sobre el particular el fundamento cuarto de la sentencia apelada dice que <<ha de estimarse no obstante como insuficiente el criterio de delimitación de responsabilidades entre la Cooperativa actor y el Convento de Santa

María la Real, ya que la Inspección, sin oír a los trabajadores afectados, se limitó a dar por buenas las manifestaciones del responsable principal, atribuyendo a la obra del Convento el número estricto de trabajadores que aquel manifestó y que puede o no ser

cierto>>, refiriéndose a continuación a otros trabajadores <<cuyas funciones... no deben atribuirse a una obra determinada, sino a los servicios generales de la empresa, y que no obstante han sido imputados en su totalidad a la recurrente.>>

Y en el fundamento cinco se afirma que en la fecha de

impugnación del acta <<estaba pendiente, por lo menos, la devolución al Sr. Fuentes de la fianza prestada para las obras ejecutadas de la Junta de Castilla y León a las que en dicho escrito se hizo referencia, sin que la Administración realizara gestión alguna para cobrar al responsable principal, presuntamente solvente>>, concluyendo que <<hay, pues, una razón más para excluir las responsabilidades subsidiarias>>.

La falta de impugnación de estos dos últimos fundamentos

jurídicos debiera ser, en mi criterio, la de limitar nuestra cognitio a los términos de las alegaciones apelatorias, respetando, (por no impugnadas, y por no ser materia que afecte al orden público o revele problemas de nulidad de pleno derecho, de posible examen de oficio) los otros dos fundamentos de la sentencia, que, al no haber sido

desvirtuados, conservan su eficacia, para justificar el fallo impugnado, cuya confirmación se impone, aunque se acepte la única censura crítica del apelante, insuficiente para cambiar el signo de aquél.

La sentencia de la que disiento, sin embargo, se aleja de la jurisprudencia referida, con lo que no se atiende a la necesaria unidad de doctrina, que reclama el principio constitucional de seguridad jurídica ( Art. 9.3 C.E .), con reflejo en nuestra ley jurisdiccional en su Art. 102.1.b, y revisa, sin que haya sido objeto de pretensión impugnatoria del apelante, los fundamentos no discutidos de la sentencia apelada, en una actitud, que no puede menos de calificarse de auténtica revisión de oficio, constitutiva de incongruencia. Cierto que la jurisprudencia sobre la función procesal del recurso de apelación no es unívoca, como lo revela la cita

jurisprudencial contenida en la sentencia de la que disiento; pero estimo que es más reiterada la que fundamenta esta posición discrepante, de ahí su deseable prevalencia.

TERCERO.- El punto que antes denominaba de discrepancia sustancial se refiere a la aplicación que se hace en la sentencia del Art. 38 del D. 1860/75 , en la que estimo que también se aparta la sentencia de una jurisprudencia reiterada de la Sala, limitativa de la eficacia probatoria de las actas de la Inspección de Trabajo, primando en exceso la credibilidad de la Administración (presunción de legalidad) en detrimento de la garantía del ciudadano.

La jurisprudencia de la Sala, dictada en la interpretación del Art. 38 del D. referido, ha establecido la distinción entre hechos directamente percibidos por el Inspector de Trabajo, y conclusiones probatorias del mismo, extraídas de la valoración de pruebas practicadas por él, limitando el ámbito de la presunción de certeza,

establecida en el precepto referido, a solo los primeros ( SS.T.S., entre otras, de 10 de marzo de 1980; 10 de julio de 1981; 7 de abril de 1982; 31 de enero, 10 de febrero y 27 de junio de 1986; 14 de abril, 29 de junio, 17 de julio y 1 de diciembre de 1987; 23 de febrero, 4 y 21 de abril, 4 y 18 de mayo, 25 de octubre y 18 de noviembre de 1988; 21 de marzo y 17 de mayo de 1989; 2 de enero, 5, 15 y 19 de marzo, 23 de abril y 25 de mayo de 1990 ).

En el caso actual es claro, por la índole del hecho al que se refiere el acta de liquidación, base de la responsabilidad subsidiaria cuestionada, (el trabajo de unos ciertos trabajadores del contratista en la obra del dueño de ésta diez meses antes), que no puede ser objeto de percepción directa por el Inspector, y que por tanto su acta, según la jurisprudencia referida, carece de la eficacia probatoria, de la que las de su género gozan en otras circunstancias. Se precisa, pues, al margen del acta una prueba de que los trabajadores, a que se refiere, trabajaron, en efecto, en la obra del recurrente en el mes de julio de 1983; y esa prueba falta en el expediente administrativo, como continúa faltando en el proceso;

por lo que las argumentaciones del fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada son totalmente ajustadas al caso, y suficientes de por sí para el éxito del recurso contencioso-administrativo, como en ella se resolvió.

En definitiva, el acta de la Inspección, como lo demuestra el posterior informe del Inspector, no tuvo más sustento probatorio que la declaración del contratista, responsable principal de la liquidación; pero dicha declaración no consta unida al expediente, ni tuvo intervención en ella el dueño de la obra, en modo adecuado para el respeto del principio de contradicción, lo que será objeto de posterior análisis.

Nos hallamos, pues, ante un mero testimonio de referencia, incontrolable por la jurisdicción. Por contra, el sujeto pasivo de la obligación cuestionada propuso en el expediente administrativo que se tomara declaración en él a los trabajadores, de quienes el acta daba por sentado su trabajo en la obra del recurrente (por cierto sin tan siquiera afirmarlo en ella, siendo tal dato de hecho, como es, el

básico, omisión que no es así baladí), y tal pertinente prueba no fue admitida por la Administración, que se contentó con atenerse exclusivamente a lo informado por el Inspector, sin tratar de advenir su informe por medios probatorios ajenos a él. En esas circunstancias, personalmente entiendo que existe una clara insuficiencia probatoria de la liquidación, y que la impugnación de la misma debe prosperar, como lo entendió, con acierto, a mi juicio, la sentencia apelada.

Téngase en cuenta que, frente a una prueba de mera referencia, incontrolable, tanto por la parte gravada por el acto recurrido, como por el Tribunal que enjuicia el recurso, dicha parte ha practicado en el proceso una prueba testifical (del mismo signo por tanto de la que sirvió de base al acta de la Inspección, y a través de ella a la resolución recurrida), de trabajadores del contratista (no ligados, por tanto, con el dueño de la obra por ningún vínculo, que les haya suspectos de parcialidad, quienes en buena lógica debe presumirse más predispuestos hacia su empresario, que hacia la parte que los propuso

como testigos), con todas las garantías que revisten tal medio de prueba, entre ellas la de contradicción, y que arroja un resultado totalmente contrario a la exactitud del acta de liquidación, y aporta un fundamento vigoroso a la impugnación que frente a ella formula la recurrente.

Solo, pues, una exaltación desmedida de la credibilidad de la Inspección y de la presunción de legalidad del acto administrativo recurrido es lo que explica la sentencia de la que disiento, exaltación que merece un análisis crítico diferenciado.

CUARTO.- Creo que llevar hasta el extremo que lo hace la sentencia, de la que disiento, la presunción de legalidad del acto recurrido, y conceder la credibilidad que concede en este caso a la Inspección de Trabajo, autora del acta iniciadora del expediente, no se adecua a las exigencias de la garantía del ciudadano, propias del estado de derecho.

Con la sentencia de la Sección Sexta de esta Sala, de 19 de febrero de 1990 <<será de señalar que una reiterada jurisprudencia viene poniendo de relieve que la presunción de legalidad del acto

administrativo traslada al administrado la carga de accionar para impedir que se produzca la figura del acto consentido pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales (-sentencias de 29 de enero y 13 de febrero de 1990), etc.

La doctrina general de la carga de la prueba elaborada por inducción sobre la base del Art. 1214 del Código Civil , puede resumirse indicando que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor>>.

La sentencia, de la que disiento, entiende cumplida la carga probatoria por el valor atribuido al acta de la Inspección, desplazando sobre el afectado por ella toda la carga para desvirtuarla, con la particularidad de que es mucho menos exigente en cuanto a la crítica de los medios de prueba utilizados por la

Inspección para elaborar su acta, que en cuanto a los medios procesales de prueba utilizados por el perjudicado por ella, para cumplir la carga que sobre él ha desplazado la Sala.

Si se parte de una primaria atribución de la carga de la prueba a la Administración, que con su resolución impone un gravamen patrimonial al sujeto pasivo del acta y de la resolución administrativa recurrida, (so pena de que se olviden las exigencias constitucionales del principio de interdicción de la arbitrariedad - Art. 9.3 C.E. - y de la sumisión plena de la Administración a la ley y al Derecho - Art. 103.1 C.E. -), no cabe que la sola credibilidad, atribuible a la Inspección de Trabajo (elemento de matiz claramente subjetivo), baste, para dar por solventada dicha carga, sino que el necesario control de la actuación administrativa ( Art. 106.1 C.E. ), reclama hacer objeto de enjuiciamiento la fundamentación probatoria del acta de la Inspección, cuando ella, a su vez, es el fundamento probatorio de la resolución recurrida. Si la índole de los hechos contenidos en el acta es tal, que su constatación se realiza por simple percepción directa, es lógico que la fuerza del acta se haga recaer en la credibilidad del Inspector (como en caso similar se hace

descansar en la de un testigo, siendo la diferencia el plus valor atribuible a la autoridad); mas cuando la determinación del contenido del acta descansa en pruebas, practicadas por, o ante, el Inspector, no cabe reducir el análisis judicial a un simple juicio de credibilidad del funcionario público, sino que es preciso ponderar esas pruebas, así como el acto de valoración de las mismas por su destinatario. La subjetividad fiable del Inspector no puede sustituir al análisis de la objetividad de su procedimiento de inspección.

Con la sentencia de la extinguida Sala Cuarta de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal de 30 de octubre de 1988, puede decirse, en referencia al procedimiento, que <<éste opera tanto con la finalidad de asegurar el acierto de la medida administrativa desde el punto de vista del interés público como con un propósito de garantizar la defensa de los intereses del administrado>>. Mas ¿qué garantías de defensa para el administrado existen cuando el funcionario, que tiene que acreditar un hecho, no deja constancia objetivada en el expediente de los actos probatorios a través de los que recibe las informaciones acreditativas de tal hecho, ni da

oportunidad de participar en esos actos probatorios al que puede resultar negativamente afectado por ellos?. Tal es el caso, cuando, en vez de acordar una declaración testifical en un expediente, con participación del afectado, y con garantía de su posible contradicción, se recibe la información de un testigo solo por el

funcionario, sin objetivación alguna del testimonio, y se limita después a remitirse a esa información, ni objetivada, ni en modo alguno controlable, pues ni tan siquiera consta en el expediente.

Atribuir eficacia en el procedimiento a una información así recibida, es eludir lo que el procedimiento administrativo tiene de garantía de objetividad y reconocer fuerza probatoria a un acta de la Inspección de Trabajo, extendida con tal único soporte probatorio, aparte de

contrario a la jurisprudencia que en su momento se citó, es sustituir la garantía objetivada, por la exaltación subjetiva de la autoridad, lo que contradice el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Estimo que la Administración no evacuó la carga probatoria que le correspondía ya en el procedimiento administrativo previo, y que solo por eso, no se podía producir la inversión de carga de la prueba, que es consecuencia de la eficacia de las actas de la Inspección, en el ámbito que les atribuye la jurisprudencia tan citada.

La sentencia, de la que disiento, parte de esa inversión; pero es que además en la valoración de la prueba, producida en el proceso por el sujeto pasivo de la liquidación, aplica un rigor, que contrasta con la lenidad con la que acepta la que practicó el Inspector.

Son cuatro testigos, los que en el proceso, con todas las garantías de la prueba testifical, y sin ninguna relación conocida que les ligue con la parte que les propone, y con la cualificación que les presta el haber sido trabajadores del contratista,

responsable principal, y haber trabajado en la obra de la que es dueña la Cooperativa, uno de ellos como encargado de esa obra,

manifiestan que en el mes de julio de 1983 la mayor parte de los empleados del primero trabajaron en obras diferentes de las de la Cooperativa, pese a lo cual, la sentencia no estima suficiente esa testifical, para desvirtuar la eficacia probatoria del acta, cuyo único soporte es el testimonio del contratista de la obra, carente de toda garantía. Esto es, sobre una prueba de plurales testigos, prestada con todas las garantías legales, se hace prevalecer una prueba carente en absoluto de ella, y de la que solo se tiene una mera referencia, por lo que es en sí insusceptible de control judicial. Y lo que es también digno de nota, esa apreciación de prueba se hace, sin que nadie haya objetado la que hizo el tribunal a quo, subrogándose este tribunal ad quem en una función que

primariamente, y según reiterada jurisprudencia, ( SS.T.S. de 14 de marzo de 1984, 5 de febrero, 19 y 30 de noviembre de 1985, 5 de marzo de 1986 y 20 de diciembre de 1988 ) corresponde al primero.



Se da así la paradoja de que con el criterio de exaltación de la presunción de legalidad del acto administrativo y de la credibilidad de la Inspección, se viene a dar más valor al acto administrativo

controlado que a la sentencia judicial por la que se controla.

Entiendo, en suma, que la sentencia apelada no ha sido desvirtuada en su fundamentación por el recurso de apelación, y que por tanto debió desestimarse.

QUINTO.- No se aprecian motivos que justifiquen una especial imposición de costas.

FALLO

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia de 15 de marzo de 1989 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la extinta Audiencia Territorial de Valladolid , que confirmamos, todo

ello sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Luis Antonio Burón Barba, Magistrado ponente de esta Sala del Tribunal Supremo estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CEDDO