



SENTENCIA Nº 1340/2020
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO Nº 515/18

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^a. TERESA GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección funcional 1^a

En la Ciudad de Málaga, a dieciocho de septiembre de dos mil veinte.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, el Recurso Contencioso-Administrativo número 515/18, interpuesto por EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MIJAS, representado por el Sr. Letrado consistorial, contra la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Málaga de fecha 14 de marzo de 2018 que desestima el recurso de alzada interpuesta frente a la resolución de la Dirección de la Administración num. 6 de la TGSS de 20 de noviembre de 2017, en el que figura como parte demandada la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL representada y asistida por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

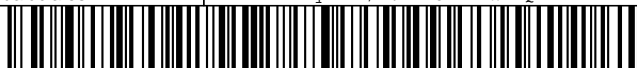
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Sr. Letrado Consistorial en nombre y representación de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MIJAS, se presentó escrito de fecha 10 de mayo de 2018 por el que se interponía recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Málaga de fecha 14 de marzo de 2018 que desestima el recurso de alzada interpuesta frente a la resolución de la Dirección de la Administración num. 6 de la TGSS de 20 de noviembre de 2017.



Código Seguro de verificación: ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

| | | | | |
|-------------|---|--------------------------|------------|-----|
| FIRMADO POR | CARLOS GARCIA DE LA ROSA 23/09/2020 13:46:29 | FECHA | 30/09/2020 | |
| | MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 28/09/2020 12:13:10 | | | |
| | MANUEL LOPEZ AGULLO 28/09/2020 17:29:42 | | | |
| | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/09/2020 10:48:06 | | | |
| ID. FIRMA | ws051.juntadeandalucia.es | ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA== | PÁGINA | 1/6 |



ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==



SEGUNDO.- Admitido a trámite, anunciada su incoación y recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito de fecha 17 de diciembre de 2019, que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que se suplicaba se dictase sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

TERCERO.- Dado traslado al demandado para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito de fecha 8 de enero de 2020, que en lo sustancial se da por reproducido, en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se desestime la demanda.

CUARTO.- Fijada la cuantía del procedimiento, y tras evacuar las partes sus conclusiones se señaló seguidamente día para votación y fallo por medio de providencia de fecha 2 de septiembre de 2020.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se promueve frente a la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Málaga de fecha 14 de marzo de 2018 que desestima el recurso de alzada interpuesta frente a la resolución de la Dirección de la Administración num. 6 de la TGSS de 20 de noviembre de 2017, que liquida los descubiertos por impago cuotas de la seguridad social aplicando las sumas ya satisfechas con fecha 2 de octubre de 2017.

Defiende la recurrente que debe excluirse la reclamación del recargo del 20% por retraso en el pago de las cuotas correspondientes al mes de agosto de 2017 pues el retraso incurrido se debió a problemas informáticos que impidieron la firma y el ingreso puntual, así como a la coincidencia por esas mismas fechas de actos inaplazables de la corporación. Subsidiariamente interesa se le aplique el recargo reducido del 10% por haberse verificado el ingreso dentro del mes siguiente al vencimiento de la obligación de pago tal y como recoge la redacción del art. 30 de TRLGSS y 10 de RD 1415/2004, tras su nueva redacción dada por la Ley 6/17, cuya entrada en vigor a posteriori con fecha 1 de enero de 2018 no empece la aplicación de una norma como la invocada por aplicación de la regla retroactividad de la norma penal favorable, en el entendido de que los recargos de la Seguridad Social presentan rasgos propios del ejercicio de la potestad sancionadora.

La Administración demandada se opone al recurso contencioso administrativo planteado y sostiene la legalidad de las resoluciones combatidas, solicitando la



Código Seguro de verificación: ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

| | | | | |
|-------------|---|--------------------------|------------|-----|
| FIRMADO POR | CARLOS GARCIA DE LA ROSA 23/09/2020 13:46:29 | FECHA | 30/09/2020 | |
| | MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 28/09/2020 12:13:10 | | | |
| | MANUEL LOPEZ AGULLO 28/09/2020 17:29:42 | | | |
| | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/09/2020 10:48:06 | | | |
| ID. FIRMA | ws051.juntadeandalucia.es | ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA== | PÁGINA | 2/6 |



ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==



desestimación íntegra de las pretensiones de la recurrente.

SEGUNDO.- Concurrencia de error o causa de fuerza mayor.

Al respecto de la cuestión controvertida dispone el art. 30 de RDLeg 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que *“1. Transcurrido el plazo reglamentario establecido para el pago de las cuotas a la Seguridad Social sin ingreso de las mismas y sin perjuicio de las especialidades previstas para los aplazamientos, se devengarán los siguientes recargos:*

a) Cuando los sujetos responsables del pago hubieran cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 29, un recargo del 20 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas tras el vencimiento del plazo para su ingreso.

Invoca la actora el art. 10.4 de Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que establece que *“Cuando el ingreso fuera del plazo reglamentario sea imputable a error de la Administración, sin que ésta actúe en calidad de empresario, no se aplicará recargo.*

La invocación de este precepto se ha generalizado para justificar supuestos de incumplimientos relacionados con la deficiente comunicación entre interesado y Administración por las inoperancias de los sistemas de comunicación electrónica impuestos por el proceso de digitalización administrativa.

Aquí no se desprende la existencia de incidencia ni error alguno en la aplicación telemática propia de TGSS, ni actuación de la Administración receptora del pago que hubiera impedido al obligado confirmar las liquidaciones en la aplicación de la TGSS como cargo en cuenta antes del vencimiento del plazo legal.


El error al que se refiere el precepto es aquel en el que incurre la Administración de la Seguridad Social, error que puede dar lugar a un equívoco del sujeto responsable del que debe ser eximido. Como es lógico esta regla no impera cuando la propia Administración receptora del ingreso actúa a su vez como empresario-sujeto responsable del ingreso de cotizaciones a la seguridad social.

La incidencia descrita por la actora no guarda relación con ningún error en el que haya estado incurso la Administración de la Seguridad Social, sino que se refiere a un problema de gestión digital interna del Ayuntamiento relacionada con la aplicación de firma electrónica. Los documentos relativos a la autorización del ingreso no fueron incorporados al *portafirmas* hasta el 27 de septiembre de 2017, fecha en la que no pudieron ser firmados por imposibilidad de servirse de la firma electrónica debido a problemas técnicos, que luego que solucionados permitieron firmar al responsable municipal con fecha 2 de octubre de 2017, fecha de la presentación con recargo de las liquidaciones de las cuotas de cotización de agosto de 2017.

La digitalización administrativa, con sus ventajas, es fuente de innumerables



Código Seguro de verificación: ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

| | | | |
|-------------|---|--|------------|
| FIRMADO POR | CARLOS GARCIA DE LA ROSA 23/09/2020 13:46:29 | FECHA | 30/09/2020 |
| | MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 28/09/2020 12:13:10 | | |
| | MANUEL LOPEZ AGULLO 28/09/2020 17:29:42 | | |
| | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/09/2020 10:48:06 | | |
| ID. FIRMA | ws051.juntadeandalucia.es | PÁGINA | 3/6 |
| | |  ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA== | |



problemas generados por la dependencia absoluta de sistemas informáticos falibles que distorsionan con frecuencia la correcta funcionalidad de los servicios públicos, fundamentalmente en los primeros compases de su implantación, realidad esta que ha de tenerse presente a la hora de valorar la diligencia de los interesados fundamentalmente en lo que hace a la cumplimentación de los plazos procesales y administrativos.

En este caso, la falta de ingreso en plazo se debió a deficiencias técnicas averdadas, asociadas a la escasa fiabilidad del sistema de firma electrónica como demuestran las constantes incidencias que el técnico municipal asocia a las actualizaciones que periódicamente exige la aplicación, así como a la caída de la conexión de internet que se dice frecuente en las dependencias municipales, todas estas fallas técnicas son ajenas por completo a la Administración receptora del ingreso, entran en el ámbito de responsabilidad de la Administración municipal y de sus dependientes y contratistas, están excluidas del concepto de fuerza mayor en cuanto que previsibles por su recurrencia, y evitables con un soporte técnico adecuado, igualmente es llamativo que el conjunto documental en el que se integraban las liquidaciones no se incorporara a la firma electrónica hasta la tardía data del 27 de septiembre de 2017, del mismo modo no consta la duración de la incidencia, por lo que no se ha acreditado que esta se sostuviera en el tiempo durante los días 28 y 29 de septiembre de 2017 (jueves y viernes), en los que era posible el ingreso en plazo. Es completamente irrelevante a estos efectos que se celebrara una sesión plenaria de la corporación municipal en fecha 28 de septiembre, pues no puede enmarcarse en la noción de fuerza mayor una actuación propia de la actividad ordinaria dentro de la programación de la corporación. En definitiva el conjunto del relato de la actora, asentado en el informe técnico de fecha 29 de noviembre de 2017, parece más compatible con una falta de previsión propia.

Se desestima este motivo del recurso.

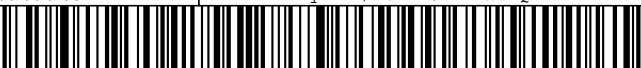
TERCERO.- Aplicación retroactiva del recargo reducido del 10%.

Tras la reforma operada por la Ley Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, el art. 30.1 de la LGSS y el art. 10.1 de RD 1415/2004, contemplan un doble recargo de 10% y 20%, aplicable el primero a los sujetos morosos que abonen las cuotas debidas en el primer mes siguiente al vencimiento del plazo de pago, caso de la Administración municipal recurrente que pretende verse favorecida por esta nueva norma, cuya entrada en vigor sin embargo se pospuso hasta el 1 de enero de 2018, después por lo tanto del devengo del recargo litigioso.

Sugiere la recurrente que los recargos de la seguridad social, por su naturaleza represiva dirigida a disuadir y castigar el retraso en el abono de las cuotas debidas a la Seguridad Social, constituyen una figura que participa del ejercicio del ius puniendi estatal, y le deben ser de aplicación algunos rasgos y principios propios del derecho administrativo sancionador, entre ellos el de la aplicación retroactiva de las normas favorables ex art. 9.1 y 25.1 de CE.



Código Seguro de verificación: ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

| | | | |
|--|---|--------|------------|
| FIRMADO POR | CARLOS GARCIA DE LA ROSA 23/09/2020 13:46:29 | FECHA | 30/09/2020 |
| | MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 28/09/2020 12:13:10 | | |
| | MANUEL LOPEZ AGULLO 28/09/2020 17:29:42 | | |
| | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/09/2020 10:48:06 | | |
| ID. FIRMA | ws051.juntadeandalucia.es | PÁGINA | 4/6 |
|  ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA== | | | |



Cita como referencia analógica lo previsto en el art. 10.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en cuya virtud *“No obstante, las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado.”*

Sin embargo según la Disposición Adicional Segunda de LGT *“Esta ley no será de aplicación a los recursos públicos que correspondan a la Tesorería General de la Seguridad Social, que se regirán por su normativa específica.”*

En cuanto a la naturaleza de los recargos de la Seguridad Social, tanto el TC como el TS han rechazado su carácter administrativo sancionador, permitiendo su compatibilidad con las sanciones que pudieran derivarse.

De este modo no se vulnera el principio non bis in idem del artículo 25 de la CE (SSTC 76/1990, 164/1995, 198/1995,44/1996, 141/1996, ATC 57/1998). El recargo de mora tiene una función reparadora o indemnizatoria para la Administración, basada en el tardío incumplimiento del deudor, con carácter preventivo o disuasorio del posible retraso en el pago del sujeto responsable que, según su gravedad, provocaría un mayor o menor incremento de su cuantía. Se devenga concluido el periodo reglamentario de ingreso, no se condiciona a la notificación o reclamación de la deuda. Su carácter indemnizatorio y disuasorio hace que se imputen *«exclusivamente a los sujetos obligados al pago»*.

Así lo señaló la STC 121/2010, en relación con el recargo de mora impuesto a la Mutua de Accidentes de Trabajo de Tarragona. tras una cuestión de inconstitucionalidad sobre el recargo del 20% de las deudas con la Seguridad Social ingresadas fuera de plazo con base en su carácter sancionador y falta de proporcionalidad. La sentencia sienta la constitucionalidad del recargo argumentando que *“carece de naturaleza sancionadora, ya que responde más propiamente a la naturaleza de compensación financiera. cuya función es tanto reparadora o indemnizatoria para la Tesorería General de la Seguridad Social como preventiva o disuasoria del posible retraso en el pago por parte del responsable (FJ 7.0)”*

El TS ha declarado que el recargo por mora equivale, fundamentalmente, a unos intereses compensatorios de devengo automático por el retraso en el cumplimiento de la obligación, después de transcurrir el plazo reglamentario para el pago de cuotas, a tenor del artículo 27 de la LGSS [Sentencia de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10248) -rec. 2766/1998-].

En definitiva no es posible en base a la pretendida naturaleza *para-sancionadora* del recargo la aplicación de la regla de la retroactividad de la norma penal favorable. Por otra parte, su equiparación con los recargos tributarios no es exacta, pues a diferencia de aquellos, el recargo por mora de la seguridad social que se devenga automáticamente, permite una excepción para el caso del error de la Administración, que no tiene correlativo en el ámbito tributario, de ahí que no sea posible sin más establecer una equiparación entre ambos regímenes, a lo que se opone por lo demás la ya referida disposición adicional segunda de LGT.

Se desestima el recurso contencioso-administrativo planteado.



Código Seguro de verificación: ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

| | | | |
|-------------|--|--------|------------|
| FIRMADO POR | CARLOS GARCIA DE LA ROSA 23/09/2020 13:46:29 MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 28/09/2020 12:13:10 MANUEL LOPEZ AGULLO 28/09/2020 17:29:42 INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/09/2020 10:48:06 | FECHA | 30/09/2020 |
| ID. FIRMA | ws051.juntadeandalucia.es ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA== | PÁGINA | 5/6 |



ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==



CUARTO.- En cuanto al pago de las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 de LJCA, conforme a la redacción dada por la Ley 37/2011 de Medidas de Agilización Procesal, se han de imponer a la parte demandada hasta el límite de 1.500 euros por todos los conceptos (art. 139.4 de LJCA).

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad emanada del pueblo

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MIJAS, contra la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Málaga de fecha 14 de marzo de 2018 que desestima el recurso de alzada interpuesta frente a la resolución de la Dirección de la Administración num. 6 de la TGSS de 20 de noviembre de 2017, que se declaran conformes a derecho, con expresa imposición de las costas procesales causadas a cargo de la recurrente hasta el límite de 1.500 euros por todos los conceptos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos previstos en el art. 89.2 de LJCA.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-



Código Seguro de verificación: ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

| | | | | |
|-------------|---|--------------------------|------------|-----|
| FIRMADO POR | CARLOS GARCIA DE LA ROSA 23/09/2020 13:46:29 | FECHA | 30/09/2020 | |
| | MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 28/09/2020 12:13:10 | | | |
| | MANUEL LOPEZ AGULLO 28/09/2020 17:29:42 | | | |
| | INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA 30/09/2020 10:48:06 | | | |
| ID. FIRMA | ws051.juntadeandalucia.es | ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA== | PÁGINA | 6/6 |



ZqALfX/+VP+DoDfZTWfnQA==