

## Comentario Laboral

# Criterio preponderante de adecuación al riesgo existente en la ocupación concreta en materia de cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

1 de febrero de 2019

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 2018

Sabido es que en los últimos años la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (“ITSS”) ha llevado a cabo distintos planes de actuación en el contexto de diferentes campañas, bien a nivel general bien de carácter especial (territoriales, sectoriales, grandes empresas, etc.), con el objetivo de revisar y comprobar la adecuada cotización por parte de las Empresas, de sus tarifas en materia de contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional -ATEP-) aplicables a los trabajadores.

Así, en materia de cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, desde la entrada en vigor de la DA Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, se dispone que la cotización a la Seguridad Social de los empresarios por tales contingencias se realizará en función de la actividad económica, ocupación o situación, mediante la aplicación de las tarifas correspondientes, las cuales son fijadas por el Gobierno.

Dispone dicha norma que para la determinación de la concreta tarifa de cotización en cada caso concreto (Cuadro I), se estará al tipo asignado a cada empresa en razón de la actividad económica principal de la misma, conforme se establece en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (“CNAE”) y, por tanto, a las tipos aplicables a los códigos que en la misma se contienen. Se exceptiona a este criterio, el hecho de que puedan existir dentro de una misma empresa distintas actividades principales en cuyo caso se validaría la aplicación de distintos tipos de cotización en función de cada actividad económica principal. Se adjunta por si fuera de interés tabla con tarifas de cotización aplicables a 2019.

No obstante lo indicado en la regla anterior, tras la reforma operada sobre la DA Cuarta de la Ley 42/2006 por la Disposición Final Octava de la Ley 48/2015 -con entrada en vigor el 1 de enero de 2016-, 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. Y ya por último, se dispone que a los efectos determinar el tipo de cotización aplicable a las ocupaciones referidas en la letra “a” del Cuadro II (personal en trabajos exclusivos de oficina), se considerará como tal a los trabajadores por cuenta ajena que, sin estar sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa, desarrollen su ocupación exclusivamente en la realización de trabajos propios de oficina aun cuando los mismos se correspondan con la actividad de la empresa, y siempre que tales trabajos se desarrollen únicamente en los lugares destinados a oficinas de la empresa.

Establecido el marco legal aplicable a los efectos del presente comentario, mencionar como la ITSS ha venido prestando especial atención a aquellas situaciones donde detecta en una misma sociedad la aplicación de distintos tipos de tarifas/CNAE.

Consecuencia de ello, se ha generado una interesante polémica que dio lugar a una inicial Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 4 de diciembre de



2013, en la que se concluía que en el ámbito de la ingeniería y consultoría, los empleados de oficina vinculados a la actividad principal debían estar encuadrados en la tarifa aplicable al tipo de CNAE propio de la actividad o actividades principales de la empresa, puesto que no debía entenderse que dicho grupo fuera de administración o administrativo -con independencia de que sus funciones se desarrollasen en un despacho y tuvieran un riesgo modulado en atención a esa circunstancia-; interpretación ésta que habría sido superada tras la modificación introducida por la Disposición Final Octava de la Ley 48/2015 antes mencionada.

Se suscitaba así un debate nada desdeñable en relación con la correcta interpretación de la norma (DA Cuarta de la Ley 42/2006) y, en concreto en lo relativo a si, tanto antes como después de su nueva redacción/entrada en vigor -1de enero 2016-, el trabajador adscrito a las ocupaciones o situaciones del Cuadro II, les resulta de aplicación el tipo de cotización previsto en el mismo o por el contrario, el fijado para la actividad económica principal de la empresa.

Lo anterior, dada su trascendencia económica (especialmente en empresas con gran volumen de empleados), motivó una novedosa revisión de la norma en lo que a su redacción, espíritu y correcta aplicación concierne. Y cabe incidir en el término importancia dado que tal y como se informó con ocasión de la Alerta Laboral publicitada en fecha 8 de enero de 2019, con la entrada en vigor el pasado día 1 del presente mes y año, del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, la DA Cuarta de la Ley 42/2006 se ha visto modificada en el sentido de **incrementar los tipos/tarifas de los Cuadros I y II para la cotización por ATEP** siendo, entre otros, destacables:

**Cuadro I:**

“CNAE 61 - Telecomunicaciones”, cuyo tipo de cotización aumenta, pasando de un 1,40% a un 1,50%.

“CNAE 62 - Programación, consultoría y otras actividades relacionadas con la informática”, cuyo tipo de cotización aumenta, pasando de un 1,35% a un 1,50%.

“CNAE 70 - Actividades de las sedes centrales; actividades de consultoría de gestión empresarial”, cuyo tipo de cotización aumenta, pasando de un 1,35% a un 1,50%.

“CNAE 8220 - Actividades de los centros de llamadas”, cuyo tipo de cotización aumenta, pasando de un 1,40% a un 1,50%.

“CNAE 64 - Servicios financieros, excepto seguros y fondos de pensiones”, cuyo tipo de cotización aumenta, pasando de un 1% a un 1,50%.

**Cuadro II:**

Afecta únicamente al personal en trabajos exclusivos de oficina, aumentando el tipo de cotización previamente aplicable (1%) hasta el 1,50% a partir del 1 de enero de 2019.

Llegados a este punto, a continuación se analiza la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 2018 (Asunto Transportes Hermanos Laredo), la cual resulta de mayúsculo interés dado que, aun ratificando el criterio de ciertos pronunciamientos inmediatos anteriores, este no es mayoritariamente coincidente con el que se había venido manteniendo hasta la fecha.

En el caso analizado los antecedentes de hecho relevantes son los siguientes:

**a.-** La Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia el 6 de junio de 2017, en virtud de la cual se estimaba el recurso contencioso-administrativo promovido por Transportes Hermanos Laredo, S.A., 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 desestimó 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 a la empresa de la cantidad de 70.888,71 € más los intereses.

**b.-** Contra la referida sentencia preparó el Letrado de la Administración de la Seguridad Social recurso de casación, precisando que la cuestión en la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia era la siguiente:

*“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.”*

**c.-** Las normas jurídicas objeto de interpretación serían la DA Cuarta de la Ley 42/2006 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.

**d.-** La Administración de la Seguridad Social plantea en su escrito que la sentencia objeto de recurso se basa en una interpretación literal de ambas redacciones, siendo que la nueva redacción –aplicable desde el 1 de enero de 2016- establece la consecuencia jurídica **cuando diverjan el tipo correspondiente a la ocupación del trabajador y el tipo propio de la actividad de la empresa, y, sin embargo, la antigua establecía la consecuencia jurídica cuando la ocupación del trabajador en sí mismo difiriese de la actividad de la empresa** (esto es, sin que sea el **tipo de cotización** el elemento diferenciador).

Así, se mantiene por parte de la Seguridad Social que la intención de la norma es la misma en ambas versiones y se reconoce que la redacción vigente con anterioridad a 2016 era deficiente pero que la nueva ha corregido dichas deficiencias, 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.

Defiende, en síntesis, que tanto antes del 1 de enero de 2016 como después, tras la nueva redacción de la DA cuarta de la Ley 42/2006, **si el trabajador se encuentra en alguna de las ocupaciones o situaciones del Cuadro II, se aplicaría dicho tipo de cotización y no alguno de los previstos en el Cuadro I correspondiente a la actividad de la empresa.** Por ello concluye que Transportes Hermanos Laredo, S.A., 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 específicamente 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 aplicar el tipo de cotización más alto (6,70% correspondiente al Cuadro II) y no la tarifa prevista para la actividad principal de la empresa, correspondiente al Cuadro I (3,70%).

**e.-** Por su parte, la empresa muestra su oposición manifestando la inexistencia de error gramatical alguno en el texto legal inicial, defendiendo que el legislador ha pretendido evitar la defraudación por infra-cotización, 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 de aquella, debiendo aplicarse el tipo de cotización correspondiente al CNAE de la misma.

Planteada así la cuestión, conviene recuperar las redacciones de la norma controvertida para identificar cual es el error gramatical denunciado, en esta ocasión, por la Administración –y en otras muchas por las empresas inspeccionadas-, para entender la cuestión a dilucidar y la solución ya dada por el Tribunal Supremo.

Con efectos 1 de enero de 2016 y vigencia indefinida, se modifica la regla tercera del apartado dos de la DA Cuarta de la Ley 42/2006, quedando 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."*

Con anterioridad a dicha modificación, la regla tercera del apartado dos de la DA Cuarta de la Ley 42/2006, 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."

Como bien se identifica en la Sentencia objeto de este comentario, la problemática radica en si la incorporación del pronombre "ésta" altera por completo lo anteriormente regulado o, por el contrario, debe entenderse que efectivamente concurre un error gramatical que no debe afectar a la finalidad pretendida por la norma. Y es que, a este respecto, tal y como ya se había manifestado en determinados pronunciamientos, la redacción era muy confusa y claramente mejorable y, en especial, respecto a la regla tercera transcrita (en la que no se respeta la regla de concordancia en género entre el sujeto y el predicado: "ésta" -la ocupación- difiere en género "del que corresponda": "esta" es femenino y "del que corresponda" es masculino y deberían concordar) y, **mayoritariamente se había venido sosteniendo con carácter general que la cotización a la Seguridad Social de los empresarios, por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, había de realizarse en función de la correspondiente actividad económica principal de la empresa** y que, para poder acudir al Cuadro II, era necesario no solo que la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena, o la situación en que éste se hallare, se correspondiera con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, sino que **además fuera diferente de la actividad principal de la empresa (esto es, no estuviera incardinada en su ciclo productivo)**.

Ahora bien, la tesis mantenida por la Seguridad Social en la Sentencia comentada implicaría admitir que la finalidad pretendida por la norma no habría variado con la nueva redacción en abierta contradicción con la tesis igualmente mantenida por la Administración -en especial cuando se trataba de "*personal en trabajos exclusivos de oficina*" en que los tipos de cotización del Cuadro II solían ser inferiores a los establecidos en el Cuadro I para la actividad principal de la empresa en cuestión-.

Ante esta situación ¿cuál ha sido la respuesta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo?

Pues bien, atendiendo al **riesgo asumido por el trabajador en su tarea y ocupación** como cuestión trascendental en lo que atañe a la normativa a efectos de cotización, concluye 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 por la norma básica legal de la Seguridad Social y debe prevalecer.

Así, el **riesgo asumido se presenta como una cuestión esencial en la normativa a estos efectos independientemente de la actividad económica empresarial** -contrariamente al criterio que en no pocas ocasiones ha venido siguiendo y adoptando la ITSS respecto del "personal en trabajos exclusivos de oficina"-, razón por la que el Cuadro II prevé desde ocupaciones de bajo riesgo (personal en trabajos exclusivos de oficina o representantes de comercio) a actividades de mayor riesgo (personal de oficios en instalaciones y reparaciones en edificios, obras y trabajos de construcción en general, o conductores de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de carga útil superior a 3,5 TM).

La Sentencia analizada se encuentra en línea con el previo pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de abril de 2018, y entiende que, atendiendo a una interpretación

finalista, no ha cambiado el fin de las normas de Seguridad Social 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 referida.

En razón de todo lo anterior, se fija la doctrina en los siguientes términos:

*“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 ,efectuado 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 3,5 tm) 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).”*

A modo de **conclusión** en relación con la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo de la norma expuesta, cabe realizar la siguiente reflexión sobre la trascendencia de esta doctrina y las consecuencias de su aplicación en una doble vertiente:

**I.-** En primer lugar, en aquellos supuestos de actas de liquidación pendientes de resolución respecto a otras ocupaciones recogidas en el Cuadro II, como el meritado “personal en trabajos exclusivos de oficina”, y cuya aplicación podría implicar la revocación de las mismas a favor de las empresas inspeccionadas.

**II.-** Y, en segundo lugar, dado el incremento en los tipos/tarifas para la cotización por ATEP que ha entrado en vigor el pasado día 1 de enero, dicha doctrina estaría clarificando en cierta medida el criterio a seguir para el encuadramiento de determinados colectivos de trabajadores de las empresas en ocupaciones del Cuadro II, adecuando la cotización de los mismos a los riesgos existentes en el desempeño de la actividad del puesto de trabajo, con independencia de la actividad o actividades principales de su empleadora; todo ello sin perjuicio del necesario/recomendable siempre análisis del caso concreto,

Puede leer la [sentencia completa](#) para mayor información

Para más información, puede contactar con:

[Alfredo Aspra](#)

[alfredo.aspra@AndersenTaxLegal.es](mailto:alfredo.aspra@AndersenTaxLegal.es)

[José Antonio Sanfulgencio](#)

[jose.sanfulgencio@AndersenTaxLegal.es](mailto:jose.sanfulgencio@AndersenTaxLegal.es)