

Posible fraude a la Seguridad Social del administrador de la empresa: *non bis in idem* entre el delito y la infracción

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El impago de cuotas a la Seguridad Social por parte del administrador único de la empresa puede implicar la apertura de un procedimiento penal ante la posible comisión de un delito contra la Seguridad Social. Pero, a su vez, cabe que se establezca una propuesta de sanción ante tal incumplimiento, lo que determinaría la aplicación del principio non bis in idem. Mas, de no existir responsabilidad penal, se plantearía asimismo la dificultad de examinar si la competencia para resolver sobre dicha sanción corresponde al orden social o no.

1. En la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) se establece como infracción grave el hecho de no ingresar las cuotas correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social o no hacerlo en la cuantía debida siempre que la falta de ingreso «no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria» (art. 22.3). A su vez, conviene tener en cuenta que el delito contra la Seguridad Social castiga a aquel que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas exceda de cincuenta mil euros; la mera presentación de documentos sobre la cotización no excluye la defraudación (ex art. 307 del Código Penal).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

En los hechos que originan la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre del 2019, Ar. 302046, sobre la sociedad mercantil demandante se habían practicado un elevado número de embargos por derechos de crédito de la empresa, sin éxito en los resultados obtenidos. Por esta razón, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social extendió un acta de infracción y propuso una sanción equivalente al 80,01 % del importe de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados. En el acta en cuestión se refleja que, pese a haber llevado a cabo la comunicación de los documentos de cotización ante la Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa no había ingresado las cotizaciones, sin que exista constancia de declaración concursal de la empresa ni de la concurrencia de fuerza mayor ni de la concesión de aplazamiento del pago de cuotas ni tampoco de solicitud alguna de aplazamiento pendiente de resolver.

La principal alegación de la empresa en contra del acta de infracción es la existencia de un procedimiento penal pendiente, procedimiento sobre el que se solicita información al juzgado de instrucción a efectos de la suspensión del procedimiento administrativo. El juzgado de instrucción había incoado diligencias de procedimiento abreviado frente al administrador único de la empresa por posible delito de fraude a la Seguridad Social, pero finalmente decidió archivar las diligencias mediante auto de sobreseimiento provisional. En estas condiciones, la Inspección emitió un informe con propuesta de sanción en los términos que ya figuraban en el acta inicial. En la reunión del Consejo de Ministros, y a propuesta del ministerio fiscal, se acuerda calificar los hechos de infracción grave e imponer la sanción propuesta.

2. En el orden contencioso, el Tribunal Supremo entendió que la competencia correspondía a la jurisdicción social, debiendo ser la Sala de lo Social la que se pronunciara sobre la impugnación del acuerdo del Consejo de Ministros presentada por la empresa.

Sin embargo, considerando lo previsto en el artículo 3f de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), debería admitirse la competencia del orden contencioso-administrativo. En virtud de dicho precepto, el orden social no será competente en las impugnaciones «de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos [...] en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social», entre otros. Bien es cierto que, en dicho texto legal, se recoge expresamente la competencia del orden social (ex art. 2s LRJS), cuando se trate de la «impugnación de actos de las Administraciones Públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f del artículo 3». Pues bien, la sentencia que se analiza considera, en este punto, que «del juego conjunto de ambos preceptos se desprende que el orden social conoce de las impugnaciones de los actos administrativos dictados en el ejercicio de la potestad sancionadora en

materia de Seguridad Social —art. 2s LRJS— y, en cambio, se excluye de su conocimiento la impugnación de las actas de infracción «vinculadas con liquidación de cuotas» (STS de 8 de octubre del 2019, Ar. 302046, FJ 2).

En materia de liquidación de cuotas, el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre —BOE de 25 de enero de 1996—) señala que la liquidación tiene como objeto «la realización de todos los actos identificadores de las deudas con la Seguridad Social en sus diferentes elementos como cuantía, en su caso, objeto, motivación y declaración liquidatoria y su comunicación o notificación, si procedieren, tanto si se realizan por los sujetos privados como por los órganos de las Administraciones Públicas a los que corresponda tal función» (art. 1.1). De ahí que la gestión liquidatoria sea la llevada a cabo por «la Tesorería General de la Seguridad Social y demás órganos de las Administraciones Públicas que se especifican en este reglamento, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la legislación a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (art. 1.2).

Conviene considerar sobre esta cuestión lo precisado por el Auto del Tribunal Supremo —Sala de Conflictos— de 24 de septiembre del 2014, Ar. 4690, en el que se sostiene que, si bien se excluyen del orden social los actos en materia de Seguridad Social relativos a afiliación, altas, bajas y liquidación de cuotas, tal excepción debe ser interpretada restrictivamente; y, asimismo, que, en concreto, de la potestad sancionadora sólo se excluyen las «actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria de modo que no quedan comprendidos en la excepción los supuestos en los que la sanción ha sido impuesta por infracción de normas de seguridad social cuando la infracción no lleva aparejada una liquidación de cuotas ni se haya suscitado controversia en torno al importe de las cuotas» (FJ 2). En definitiva, se trata de un acto administrativo sancionador que no incluye la liquidación de cuotas y, tratándose de un supuesto de sanciones, tampoco la controversia suscitada por la empresa sancionada guarda relación alguna con la regularidad de dichas cuotas (SSTS del 20 noviembre del 2018, Ar. 5639, y de 6 de marzo del 2019, Ar. 1751)

3. Entrando en el fondo del asunto, la petición principal de la demanda invoca el principio *non bis in idem* y sostiene que la existencia de un procedimiento penal seguido por los mismos hechos objeto de sanción impediría que se siguiera con la actuación inspectora y, por ello, debía haberse dejado sin efecto la propuesta de sanción en tanto en cuanto no hubiera recaído resolución en vía penal. Y es que, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, «[n]o podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento». Además, en los supuestos «en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al ministerio fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el ministerio fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los tribunales hayan considerado probados».

En este caso concreto, existía, en efecto, un procedimiento penal en fase de instrucción incoado contra el administrador de la empresa demandante y resultaría plenamente aplicable la normativa que preserva el indicado principio *non bis in idem*, aun cuando el procedimiento penal se siguiera contra la persona física. Porque, tal y como ha señalado recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo del 2019, Ar. 1751, la aplicación de dicho principio se admite incluso aunque en un caso se sancione al directivo de la empresa y en el otro a la propia compañía. Porque, en definitiva, «el artículo 3.2 LISOS no requiere esa triple identidad, sino que, cual se deriva del inciso final del número 4 de ese artículo, lo que se requiere es una conexión directa entre las actuaciones administrativas y las penales que tienen preferencia y obligan a suspender el procedimiento administrativo en esos casos» (STS de 8 de octubre del 2019, Ar. 302046, FJ 3). Mas, para que pueda paralizarse el procedimiento, se exige el conocimiento o la comunicación suficiente de la existencia del procedimiento penal por parte de la Administración con competencia para abrir y tramitar la vía sancionadora. «Y ello no consta que se produjera en este caso hasta el momento en que la empresa lo pone de manifiesto en el trámite de alegaciones [...]. Obtenido el dato de que la juez de instrucción había acordado ya el sobreseimiento de las diligencias, se procedió con la continuación del procedimiento administrativo y, por consiguiente, no concurre vulneración alguna del principio al que nos venimos refiriendo» (STS de 8 de octubre del 2019, Ar. 302046, FJ 3).

4. Rechazada, pues, la pretensión de nulidad procedimental, se confirma la legalidad del acuerdo impugnado. A tenor de la sentencia, la conducta sancionable se considera probada, por lo que resta comprobar si cabe apreciar alguna eximente de las contenidas en la norma legal. Pero se constata que tampoco concurre ninguna de estas circunstancias, como admite la propia empresa que, lejos de haber solicitado una declaración de concurso, sólo justifica la situación por un cúmulo de deudas, motivo no válido a estos efectos.

Pero, lo más importante, «resulta atribuible a la propia empresa una conducta negligente al no instar el concurso de acreedores en base a la situación que ella misma pretende ahora hacer valer para eludir la sanción que, por la falta de satisfacción de su responsabilidad, se le impone (arts. 1.1, 2 y 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)» (STS de 8 de octubre del 2019, Ar. 302046, FJ 4). Y lo mismo señala la sentencia respecto de la inacción dirigida a un eventual aplazamiento de la deuda de la Seguridad Social. «Es la propia empresa la que ignora el uso de instrumentos tendentes a dar salida jurídica a la alegada crisis, manteniendo conscientemente el endeudamiento. Aceptar la tesis de la empresa implicaría dejar vacío de contenido el tipo infractor en todos los casos en que el impago viniera aparejado a una situación económica negativa que, no obstante, no se encuentre contemplada en las citadas excepciones, las cuales atienden, precisamente, a esa eventualidad» (STS de 8 de octubre del 2019, Ar. 302046, FJ 4). En consecuencia, procede ratificar la sanción impuesta a la empresa por el acuerdo impugnado.

5. Al margen de la responsabilidad de la actuación del administrador en relación con la empresa, lo cierto es que la falta de ingreso de las cotizaciones en tiempo y forma, sin solicitud previa de aplazamiento de deuda, puede conllevar consecuencias como las descritas. No procede,

en este caso, la alegación del principio de *non bis in idem* porque el procedimiento penal de presunto delito contra la Seguridad Social fue archivado por razones ajenas a este comentario. Tampoco se defiende la competencia del orden contencioso-administrativo por entender que la cuestión conflictiva no depende de un acta de liquidación de cuotas, sino de un comportamiento negligente o culpable que supone una infracción grave del ordenamiento laboral. Por esta razón, la competencia del orden social prevalece, con la confirmación de la sanción impuesta a la empresa en el procedimiento administrativo.