



Roj: **STS 4241/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4241**

Id Cendoj: **28079140012018100941**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2018**

Nº de Recurso: **2/2018**

Nº de Resolución: **969/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 4241/2018,**
AATS 2907/2019

IMPUGNACION ACTOS DE LA ADMINISTRACION núm.: 2/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 969/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 20 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Marín Iribarren, en nombre y representación de la mercantil PENFRE RESTAURACIÓN, S.L., contra el Acta de infracción nº 132017000007110 de 21 de febrero de 2017 y la resolución del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2017, en materia de Impugnación de Acto Administrativo, siendo parte demandada el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Dirección General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación administrativa.

A) Con fecha 21 de febrero de 2017 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Alicante levanta Acta de Infracción en materia de "Seguridad Social" a la empresa Penfre Restauración, S.L. (Acta nº 132017000007110. En ella se indica que existe un incumplimiento de la obligación de ingresar las cuotas en la Seguridad Social y que:

a) No consta que la falta de ingreso obedezca a una situación extraordinaria de la empresa.



- b) El referido impago no constituye delito a la vista del artículo 307 del Código Penal.
- c) Los hechos se subsumen en el artículo 22.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).
- d) Los artículos 39 y 40 LISOS abocan a la imposición de la sanción en su grado máximo.
- e) Corresponde proponer una sanción de 188.202,48 euros.
- f) La competencia para imponer la sanción corresponde al Consejo de Ministros, de conformidad con los artículos 40 y 48 LISOS.

B) Con fecha 23 de marzo de 2017 el representante legal de la empresa presenta escrito de alegaciones ante la Jefatura de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Manifiesta que ha tenido voluntad de pago, pero que le ha sido imposible, que llegó a un acuerdo de aplazamiento con la TGSS y que posteriormente ha presentado hipoteca unilateral en garantía de dicho aplazamiento. También aporta documentación acreditativa, a su entender, de la inexactitud de la deuda reclamada.

Considera que la empresa se encuentra en una situación extraordinaria, de fuerza mayor, derivada del carácter estacional de la actividad de hostelería en zona de playa. Expone asimismo que le es imposible afrontar el pago de la multa y que ello abocaría al cierre de la empresa.

C) Con fecha 28 de abril de 2017 la Jefa de la citada Unidad Especializada formula propuesta de resolución sancionadora, confirmando el contenido del Acta inicial.

Considera que la empresa no se encuentra en ninguno de los supuestos excluyentes de responsabilidad. Pone de manifiesto también que el aplazamiento de cuotas a que aluden las alegaciones de la empresa era para el periodo noviembre 2011 a octubre de 2012 y que, además, la TGSS lo dejó sin efecto por haber incurrido en nuevos incumplimientos.

Respecto de la fuerza mayor, la situación de la empresa no tiene encaje en ese concepto, tal y como aparece caracterizado por el artículo 1105 CC y la jurisprudencia contenciosa; es la desconexión entre el evento dañoso y el área de actuación empresarial lo que caracteriza a la fuerza mayor y ese dato no concurre.

SEGUNDO.- Sanción del Consejo de Ministros.

A) En fecha 28 de julio de 2017 el Consejo de Ministros, a propuesta de la Ministra de Empleo y Seguridad Social, acuerda confirmar el acta de infracción e impone a Penfre Restauración S.L. una sanción de 182.202,48 euros.

Destaca que la empresa admite el incumplimiento achacado, aunque lo justifica por la difícil situación que atraviesa. Explica que no se sanciona por doloso incumplimiento, sino por el hecho, objetivo y cierto, de que esa conducta se ha dado. Descalifica las afirmaciones genéricas acerca de que la cuantía reclamada no es exacta; advierte que la garantía real de pago no equivale a que éste se haya producido.

También expone detalladamente que no concurre ninguno de los supuestos contemplados en la LISOS para excluir la responsabilidad: concurso; aplazamiento (el concedido y dejado sin efecto era respecto de periodo anterior al abarcado por el Acta de Infracción); situación extraordinaria (pues la empresa ha podido adoptar otras medidas frente a su desfavorable evolución).

B) Con fecha 18 de septiembre de 2017 la empresa sancionada interpone recurso de reposición contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de Julio de 2017.

Alega que ha abonado diversas cantidades (tres ingresos por importe total inferior a 7.000 €) que constan como impagadas y considera que la incorrección de la cantidad arroja la nulidad del acta de infracción.

Afirma que existe fuerza mayor, basándose en la STS-CONT 22 julio 2015 y contrastando los hechos en ella enjuiciados (empresa con problemas, que no solicita aplazamiento del pago) con su comportamiento (interesando aplazamiento).

C) En su Informe de 23 de octubre de 2017 la Subdirección General de Ordenación de la Seguridad Social pone de relieve que el recurso de reposición se limita a reproducir las alegaciones que ya hizo la empresa y que, además, lo ha presentado fuera de plazo.

D) En su Informe de 27 de noviembre de 2017 la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social pone de relieve que el sistema de cómputo de plazos delineado por la Ley 39/2015 (de fecha a fecha) implica que la sanción notificada el día 17 de agosto solo podía recurrirse hasta el día 17 de septiembre, por lo que su presentación extemporánea (el día 18 de septiembre) constituye una causa de desestimación.



E) Con fecha 29 de diciembre de 2017 el Consejo de Ministros acuerda la inadmisión del recurso de reposición de la empresa.

TERCERO.- Demanda.

Por la representación de la empresa PENFRE RESTAURACIÓN, S.L. se presenta demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 26 de marzo de 2018 contra el Acta de infracción nº 132017000007110 de 21 de febrero de 2017 y la resolución del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2017, por el que se desestimaba el recuso de reposición formulado por la empresa PENFRE RESTAURACIÓN, S.L.

Expone que el incumplimiento sancionado se debe a una causa de fuerza mayor de carácter extraordinario propiciada por la crisis económica; la empresa no ha podido hacer frente a los costes de producción pues los ingresos eran materialmente insuficientes para ello. Siempre ha existido ausencia de dolo defraudatorio, ya que tenía voluntad de pago incluso llegando a un acuerdo de aplazamiento con la TGSS, y prestado para ello garantía real.

Considera que no es exacta la cantidad reclamada, por las razones que expone. Reitera la situación de extraordinaria gravedad económica a causa de la crisis, en especial en las zonas de playa, y la voluntad de solucionar la deuda. Y por último insiste en la causa de fuerza mayor, con cita de su definición en sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal. Termina pidiendo que dictemos una sentencia estimatoria de la demanda, dejando sin efecto el acta de sanción así como las resoluciones impugnadas y expresadas en el encabezamiento de la demanda.

CUARTO.- Contestación a la demanda e Informe de Fiscalía.

A) Con fecha 13 de junio de 2018 el Abogado del Estado presenta escrito de alegaciones a la demanda. Pide que dictemos resolución desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.

Pone de relieve que la empresa configura su propio incumplimiento como una causa de exculpación (alegando que abonar la sanción empeoraría las cosas). Recuerda la extemporaneidad del recurso de reposición, descarta que concurra fuerza mayor alguna, subraya la ineludibilidad del cumplimiento de la obligación de cotizar y cita en su apoyo dos sentencias de este Tribunal Supremo.

B) Con fecha 12 de julio de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite su Informe, postulando la desestimación.

Descarta que haya habido fuerza mayor (recordando el concepto jurisprudencial de la misma), advierte que los hechos en que se basa la sanción no han sido desvirtuados y considera que la LISOS ha sido bien aplicada.

QUINTO.- Deliberación y fallo.

Se señaló para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2.018, en cuya fecha tuvo lugar.

HECHOS PROBADOS

Conforme a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS, debemos advertir que la relación de hechos probados tiene como base la prueba documental aportada por la demandante y la obrante en el expediente administrativo, siendo la cuestión objeto de controversia estrictamente jurídica.

PRIMERO.- La empresa "Penfre Restauración S.L." se constituyó el 4 de febrero de 2011, figurando con alta inicial ante la Tesorería General de la Seguridad Social desde el 6 de abril del referido año.

SEGUNDO.- La citada mercantil es titular del Restaurante "L'Arruzz", situado en la Glorieta Sergio Cardell nº 1 (Edificio "El Castell") de Alicante (03540). Dicho local fue arrendado por el Administrador único de la sociedad con fecha 22 de febrero de 2011.

TERCERO.- Con fecha 7 de diciembre de 2016 la empresa recibe visita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a resultas de la cual (el 16 de diciembre siguiente) comparece en las dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo la representante legal de la empresa.

CUARTO.- Según certificado emitido por la TGSS con fecha 17 de enero de 2017, la empresa mantiene una deuda con la Seguridad Social por descubierto de cuotas en el Régimen General de 185.781 euros (lo que asciende a 235.223,70 euros sumando intereses y recargo). Las deudas abarcan desde marzo de 2014 hasta octubre de 2016 (excepto los meses de febrero y marzo de 2015).

QUINTO.- No consta que la empresa haya estado en situación concursal durante el referido periodo.



SEXTO.- Durante los años 2014 y 2015 las cuentas anuales de la empresa arrojan pérdidas de 125.157,87 y 124.190,95 euros.

SÉPTIMO.- La demandante aporta diversa documentación fiscal y contable, que se da por reproducida en aras de la brevedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Examen de la competencia.

Tanto para centrar los términos del debate que se desarrolla ante esta Sala Cuarta cuanto para cumplir con la necesidad de examinar nuestra propia competencia interesa revisar las previsiones de la LRJS que, en desarrollo de la LOPJ, la acotan.

A) El artículo 9º de la LRJS ("Sala de lo Social del Tribunal Supremo") determina nuestra competencia para conocer "en única instancia de los procesos de impugnación de actos de Administraciones públicas atribuidos al orden jurisdiccional social cuando hayan sido dictados por el Consejo de Ministros". En el presente caso no cabe duda de que el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros con fecha 28 de julio de 2017 constituye uno de los "actos" aludidos por la norma, mientras que la atribución a este orden jurisdiccional deriva del juego combinado de un par de previsiones.

B) Atendiendo al contenido del acto impugnado, desde una perspectiva positiva, debemos recordar el artículo 2.s) LRJS, atribuyendo al orden social de la jurisdicción 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". La vertiente negativa o excluyente a que alude el precepto se refiere a "las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a [...] actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas [...] (art. 3.f LRJS).

C) Aquí se impugna la sanción impuesta a la empresa demandante, como consecuencia de un acta de infracción levantada por no haber ingresado en forma y plazo debidos las cuotas adeudadas a la TGSS. Se la considera responsable de la infracción grave contemplada en el artículo 22.3 LISOS en relación con diversos preceptos de la LGSS, del Reglamento General de Cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social y del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Ahora bien, dicha acta de infracción no está vinculada con un acta de liquidación de cuotas, que es inexistente en el presente caso, al no darse los supuestos establecidos en el artículo 31 del RD 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes de liquidación de cuotas de la Seguridad Social. En definitiva, se impugna no una actuación administrativa recaída en procedimiento de liquidación de cuotas, sino en procedimiento sancionador, como consecuencia de un acta de infracción, que ha finalizado en una sanción.

D) El supuesto no tiene encaje en el ya señalado apartado f) del artículo 3 de la LRJS, en el que se incluyen las actas de liquidación y de infracción, conjuntas o con tramitación simultánea (artículo 34 del citado Reglamento), sino que se incluye en la regla general de atribución competencial al orden social del artículo 2 del mismo texto legal.

E) Al entenderlo del modo que acabamos de exponer, seguimos el criterio adoptado por nuestra STS 22 julio 2015 (rollo 4/2012), así como el Auto 15/2014 de 24 septiembre de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 LOPJ. Dicha sentencia sienta una doctrina, que ahora confirmamos y que vino a rectificar la precedentemente contenida en las SSTS de 28 octubre 2012 (rollo 3/2012) y 21 enero 2014 (rollo 2/2012).

F) En los apartados siguientes abordamos las correlativas líneas argumentales contenidas en la demanda, parte de ellas ya incorporadas al escrito de alegaciones presentado en su día por la mercantil y, sobre todo, al inadmitido recurso de reposición frente al Acuerdo impugnado.

G) La tramitación del proceso ha debido ajustarse a lo previsto en el artículo 205.2 LRJS. Para la fijación de los hechos probados no solo se ha tenido en cuenta el contenido del Acta de la Inspección de Trabajo sino también la documentación aportada por la demandante. Múltiples hechos pacíficos pero ajenos al objeto del conflicto no aparecen en el relato realizado más arriba.

SEGUNDO.- Existencia de fuerza mayor.



La demanda afirma que concurre causa de fuerza mayor por la crisis económica, que desde el principio la empresa ha tenido dificultades de tesorería (hecho primero) y que concurría fuerza mayor (hechos cuarto y quinto). En sus fundamentos de Derecho vuelve a referirse a la fuerza mayor por la crisis económica. En el suplico solicita que se deje sin efecto el acta de sanción así como las resoluciones impugnadas, precisamente por este motivo.

1. Argumentación de la demandante.

La principal línea argumental que desarrolla la empresa sancionada en su defensa viene a sostener que no ha podido cumplir con sus obligaciones de cotización por impedírsele una causa exculpatoria.

A su entender, la "fuerza mayor" del caso estriba en la crisis económica existente y en la reducción del consumo en el sector turístico. La empresa surge en un contexto depresivo (2011) y eso explica que desde el principio tuviera dificultades de tesorería, lo que concuerda con su solicitud de aplazamiento de pagos ante la TGSS, que fuera estimada (29 noviembre 2012).

Invoca al efecto la doctrina de la STS-CONT de 17 octubre 2016, admitiendo como fuerza mayor la falta de tesorería que imposibilita efectuar algún tipo de ingresos que facilitaría un aplazamiento de los pagos. Advierte que la original redacción del artículo 22.3 LISOS (vigente hasta diciembre de 2012) admitía esa consideración de la fuerza mayor y que la empresa ya la padecía entonces.

2. Precisiones sobre los hechos sancionados y los argumentos de la demanda.

A) Resulta necesario resaltar que los hechos sancionados por el Acuerdo del Consejo de Ministros combatido van referidos a las deudas de la empresa con la Seguridad Social durante el periodo que va desde marzo de 2014 hasta octubre de 2016 (excepto los meses de enero y marzo de 2015). Carece de todo sentido, por tanto, la argumentación que despliega la demanda sobre la tipicidad sancionadora durante el año 2012.

Tampoco puede admitirse la argumentación apuntada por la demanda en el sentido de que como ya incumplía sus deberes había una norma sancionadora más benévola, hay que aplicarle esa versión de la LISOS. Eso supondría que quien ha incumplido antes de una reforma normativa ya no puede quedar afectado por sus sanciones aunque realice acciones antijurídicas con posterioridad, lo que realmente es inaceptable.

Si ahora se sanciona el comportamiento desarrollado a partir de marzo de 2014 no queda más remedio que atender a la tipicidad coetánea, sea más o menos restrictiva; luego volveremos sobre este particular.

B) Siguiendo la línea de sus precedentes escritos (alegaciones, recurso de reposición), la empresa no niega en su demanda los hechos por los que ha sido sancionada. Lo que hace es justificarlos por la concurrencia de una fuerza mayor, entendida como problemas derivados de la crisis económica.

El debate, por lo tanto, no está en la existencia de una conducta contraria a la Ley sino en la existencia de una circunstancia que impide su sanción, al actuar como exculpatoria.

C) La sanción se ha impuesto por el incumplimiento de las obligaciones de cotización. No estamos en un litigio sobre recaudación de cotizaciones (para cuyo conocimiento, además, conforme a los expuestos preceptos, carecemos de competencia). La demanda parece confundir la relación de cotización (empresa con TGSS) y la relación sancionadora (empresa con Autoridad Laboral), siendo claro que la segunda deriva de los incumplimientos habidos en el seno de la primera y que no pueden identificarse ambas.

La relación jurídica de Seguridad Social, como sucede paralela-mente con la relación jurídica tributaria, vincula al sujeto pasivo (la empresa), con el Ente Público acreedor (la TGSS), en virtud de un precepto de origen. El artículo 15.2 de la LGSS/1994 (vigente hasta enero de 2016 y reproducido por el art. 18.2 de la LGSS/2015) dispone que "la obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, determinándose en las normas reguladoras de cada régimen las personas que han de cumplirla", especificando el apartado siguiente (art. 18.3 de la LGSS/2015) que "son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso"

Huelga recordar que otros preceptos muy detallados exponen los términos en que recae sobre la empresa la obligación de cotizar cuando estamos ante actividades del Régimen General (art. 103 ss. LGSS/1994; art. 141 ss. LGSS/2015). El incumplimiento de esta obligación es lo que ha sancionado el Consejo de Ministros y la empresa demandante admite que concurre.

3. Tipo sancionador aplicado.



A) Como queda expuesto, la sanción impuesta se basa en las previsiones del artículo 22.3 LISOS, precepto que durante el periodo relevante a nuestros efectos (marzo de 2014 a octubre de 2016) ha conocido dos redacciones.

B) La redacción vigente al mes de marzo de 2014, derivada de la Ley 13/2012, de 26 diciembre, comporta que se considere como infracción grave la siguiente conducta:

"No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización, 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".

C) Desde 28 de diciembre de 2014, como consecuencia de la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, el artículo 22.3 LISOS pasa a tener la siguiente redacción de la conducta constitutiva de infracción grave:

"No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 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".

D) La atenta lectura de las dos redacciones muestra que, a los efectos del presente litigio, los cambios habidos (que afectan a la descripción del tipo de obligación instrumental que sí cumple la empresa), son inocuos. La atención debe centrarse, por tanto, en la concurrencia de circunstancia exculpatoria.

E) Insistamos, por último, en que, por exigencia constitucional, la norma sancionadora aplicable ha de ser la vigente al tiempo de cometerse la infracción. Rige aquí la doble garantía del principio de legalidad, una de carácter material y absoluta, que se refiere a la necesidad de la predeterminación de las conductas que integran el ilícito administrativo y de las correspondientes sanciones, *lex previa*. Del mismo modo que esa descripción nos permita predecir con el suficiente grado de certeza, *lex certa*, dichas conductas. Y otra, de carácter formal que hace referencia al rango necesario de las normas que tipifican dichas conductas, lo que no hace a este caso.

4. El "supuesto de fuerza mayor" como circunstancia exculpatoria.

Una de las circunstancias eximentes enumeradas por el artículo 22.3 LISOS, y que la demanda erige en su principal defensa, es la concurrencia de "un supuesto de fuerza mayor". Veamos el alcance de esta locución.

A) La STS-CONT de 17 octubre 2016, reiteradamente invocada por la demanda, declara la nulidad de la sanción impuesta por el Consejo de Ministros por infracción grave, conforme al art. 22.3 LISOS. Ahora bien, la redacción del artículo 22.3 LISOS que la sentencia interpreta no es la misma que en nuestro caso, sino la precedente a la derivada de la Ley 13/2012. En ella se admite como causa destipificadora la existencia de " *una situación extraordinaria de la empresa*".

En ese escenario, la STS reseñada considera que la circunstancia exoneradora de responsabilidad concurre porque la empresa acaba solicitando la declaración de concurso y, sobre todo, porque desde el principio puso de manifiesto sus dificultades económicas para afrontar los pagos derivados de la obligación de cotizar.

Por lo tanto, la invocación que la demanda realiza del criterio acogido en esa resolución judicial es inatendible. Allí se está aplicando una redacción del artículo 22.3 LISOS significativamente diversa a la que ahora corresponde. Es más, la doctrina acuñada juega en contra de la tesis sostenida por la mercantil impugnante, porque la STS de 17 octubre 2016 viene a poner de relieve la diferencia entre la hipótesis contemplada precedentemente (" *situación extraordinaria de la empresa*") y la estampada en la Ley a partir de 28 de diciembre de 2012 ("un supuesto de fuerza mayor").

C) Reiteremos que la Ley 13/2012 de 26 diciembre, de Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social es la norma que introduce la redacción de las circunstancias exculpatorias que debemos aplicar. Con la finalidad que su propia rúbrica denota, la norma acomete importantes modificaciones en diversos textos legales (ET, LGSS, LISOS, LOITSS, etc.). Sobre el alcance de los cambios en la LISOS, la exposición de motivos contiene una importantísima advertencia para nuestro caso:



"Se sustituye en el apartado 3 del artículo 22 de la mencionada norma, el concepto de "situación extraordinaria de la empresa" por una relación de los supuestos que se consideran incluidos en dichos términos, en aras del principio de seguridad jurídica, estableciéndose que la falta de ingreso de cuotas debe obedecer o producirse como consecuencia de declaración concursal, supuestos de fuerza mayor o solicitudes de aplazamiento presentadas con carácter previo al inicio de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, salvo que hubiera recaído resolución denegatoria.

D) Basta cuanto antecede para descartar, de manera concluyente, el alegato que desarrolla la demanda a fin de subsumir su difícil situación económica en el concepto de "fuerza mayor". No solo se trata de pretensión que pugna con el significado que posee en la legislación laboral (además de en el Código Civil), sino que precisamente el legislador ha incorporado esa expresión para descartar que los problemas económicos de la empresa (por extraordinarios que fuesen) tengan cabida como circunstancias exculpatorias de responsabilidad administrativa.

E) La fuerza mayor equivale, desde luego, a un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable.

Nuestra STS 22 julio 2015 (autos 4/2012; *Calcusán SL*), examinando la sanción impuesta por el Consejo de Ministros por defecto de cotizaciones en el periodo de octubre de 2009 a noviembre de 2011, sienta una doctrina que concuerda con cuanto acabamos de exponer:

"Ha de entenderse por fuerza mayor, y por ende, por "situación extraordinaria", un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable, requisitos éstos, que no concurren en el presente caso. En efecto, como consta en los hechos probados, está acreditada la existencia de una prolongada situación de impago puntual de las cuotas origen de la sanción, situación que se inició en el mes de noviembre de 2009, y que era previsible y enteramente imputable a la empresa, ya que, pudiendo solicitar un aplazamiento que le autorizara para pagar las cuotas fuera del plazo reglamentario de ingreso, y que así se la pudiera considerar, en tanto se cumplieran las condiciones requeridas, al corriente respecto de las deudas aplazadas, como admite expresamente en su escrito de demanda, la empresa no se planteó solicitar dicho aplazamiento hasta finales del mes de abril de 2011, esto es, cuando ya había incurrido en la infracción, y ello no porque quisiera estar al corriente en el pago de la cuotas, como era su obligación, sino porque advirtió que la Tesorería General de la Seguridad Social había trabado embargo sobre sus cuentas bancarias".

5. Desestimación.

Por las razones expuestas debemos rechazar la alegación de que la empresa se encuentra afectada por un supuesto de fuerza mayor durante el periodo examinado.

Así se desprende de los antecedentes del art. 22.3 LISOS aplicado, de su interpretación tanto por la Sala Tercera de este Tribunal cuanto por nuestra doctrina, además de la atención a otras previsiones (laborales o civiles). La falta de tesorería o los problemas económicos derivados de la coyuntura económica general no equivalen a un supuesto de fuerza mayor.

TERCERO.- Ausencia de ánimo defraudador.

1. Argumentación de la demandante.

En su segundo bloque argumental, la empresa manifiesta que siempre ha venido teniendo voluntad de pagar a trabajadores, proveedores o entidades públicas, pero "siendo cierto que se dejaron de abonar las cuotas de Seguridad Social de ciertos periodos".

Asimismo, ante la voluntad de pago "se llega a un acuerdo de aplazamiento con la TGSS" y luego se presenta hipoteca unilateral en garantía de dicho aplazamiento". Relata que se subastaron dos inmuebles "para el pago de las deudas atrasadas con la Tesorerías por periodos anteriores y se subastó la maquinaria igualmente".

2. Consideraciones específicas.

A) Las consideraciones de la demandante sobre sus esfuerzos para abonar deudas de Seguridad Social por periodos anteriores en nada pueden afectar a la existencia del incumplimiento que ahora se examina o a la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad.

B) La argumentación sobre ausencia de voluntad incumplidora tampoco posee relevancia desde la perspectiva de la integración del tipo sancionador. El artículo 22.3 LISOS no anuda su tipicidad a la concurrencia de factores dolosos, sino que presupone la existencia de la expuesta obligación de cotizar y de mecanismos de auxilio a la empresa en dificultades (solicitudes de fraccionamiento o aplazamiento, acceso a la situación concursal, acudimiento a préstamos externos, etc.).



El artículo 20.1 LISOS ("Son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables a que se refiere el artículo 2.2 de la presente Ley, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley") no exige un dolo o culpa especial para la concurrencia de infracciones administrativas en materia de Seguridad Social, bastando al efecto con la constatación de los hechos contemplados en cada precepto. Y el artículo 22.3 LISOS considera infracción grave la mera conducta de "no ingresar" o "no efectuar el ingreso en la cuantía debida".

C) Esa conducta omisiva (que en nuestro caso constituye un hecho pacífico) solo deja de estar contemplada como merecedora de sanción si concurre alguno de los supuestos eximentes. Ya hemos visto que no hay fuerza mayor. Tampoco la empresa ha estado en situación concursal durante el periodo que discurre desde marzo de 2014 a octubre de 2016.

Además, las protestas de la demandante acerca de su deficiente situación económica y de la imposibilidad de afrontar los pagos de la cotización a la Seguridad Social casan mal con su pasividad gestora. Recordemos cuanto expone nuestra STS 22 julio 2015 (autos 4/2012; *Calcusán SL*)

"Si en la más favorable de las interpretaciones se entendiera que existía una situación de insolvencia que impedía a la empresa pagar puntualmente las cuotas, debería tenerse en cuenta que el artículo 5 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, establece que el deudor debe solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, y no consta que la demandante haya instado o iniciado trámite alguno para dicha declaración, por lo que no puede entenderse concurra una situación extraordinaria excluyente de la responsabilidad derivada del impago de cuotas".

3. Desestimación.

Por las razones expuestas debemos rechazar la alegación de que la empresa no debe ser sancionada porque siempre ha tenido voluntad de cumplir con sus obligaciones.

Ni lo acaecido en periodos anteriores al considerado en el Acuerdo que se impugna, ni la afirmada voluntad cumplidora son elementos que exoneren de responsabilidad por las infracciones constatadas, máxime cuando ni siquiera consta que la empresa hubiera activado durante ese tiempo la declaración de concurso.

CUARTO.- Inexactitud de la cuantía reclamada.

1. Argumentación de la demandante.

La empresa demandante expone que ha realizado diversos pagos referidos al periodo reclamado, que mantiene conversaciones con la TGSS y que "desde julio de 2015 se viene abonando la cuota llamada inaplazable".

Asimismo considera que la cantidad que sirve para el cálculo de la deuda (y de la sanción) es inexacta porque ha abonado cantidades correspondientes al mes de marzo de 2014 en fechas que indica (19 septiembre 2016; 20 septiembre 2016; 14 marzo 2017).

Además aduce pagos por importe de 12.121.79 €.

2. Consideraciones específicas.

A) La demandante realiza nuevamente alegaciones para demostrar su voluntad de pagar aquello que le es posible. Ya hemos dejado claro que el tipo infractor no precisa de intencionalidad especial.

B) Tampoco posee trascendencia a nuestros efectos el que la empresa haya abonado con posterioridad al momento en que debía hacerlo determinadas cuantías.

La infracción se consume con el incumplimiento, sin que desaparezca por el posterior abono de determinadas cantidades

C) Las cantidades tomadas en cuenta por el Consejo de Ministros para imponer la sanción cuestionada son las que figuran en los ficheros informáticos de la TGSS en la fecha de levantamiento del Acta (21 febrero 2017).

Eso explica que el código 14 018421817, correspondiente al mes de marzo de 2014, aparezca en el desglose del expediente de apremio (TVA-108; doc. 5) como cobrado y esté en el Acta como no pagado. El documento es de fecha 20 de marzo de 2017, por tanto, posterior a la actuación inspectora.

D) Debe aclararse también que los embargos trabados sobre bienes y derechos de la empresa constituyen una garantía real de pago y no equivalen a su abono efectivo; éste solo se produce una vez enajenados los bienes según el procedimiento previsto al efecto por el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.



3. Desestimación.

En el momento de extenderse el acta de infracción que está en el origen de este procedimiento, la empresa mantenía con la Seguridad Social una deuda por falta de cotización equivalente al importe que en ella consta.

Por lo tanto, debemos desestimar esta línea argumental. En todo caso, digamos que su éxito no hubiera abocado a la declaración de nulidad de la sanción impuesta, como la empresa ha venido defendiendo, sino a su recálculo.

QUINTO.- Aplazamiento de pagos e imposibilidad de afrontar la sanción.

1. Argumentación de la demandante.

Afirma la empresa demandante que tenía un acuerdo con la TGSS y que iba ingresando las cuotas, con recargo del 20%, a medida que le era posible. También expone que desde el inicio de la actividad la situación era negativa y que no podía afrontar el pago de las cuotas, aunque tampoco estaba en situación de insolvencia que abocara al concurso.

Argumenta que no pudo ingresar las cotizaciones correspondientes por encontrarse en situación de pérdidas tanto durante 2014 (125.157,87 €) cuanto durante 2015 (124.190.95 €).

Asimismo advierte que le resultaría imposible abonar el importe de la sanción y que se vería abocada al cierre de la empresa.

2. Consideraciones específicas.

A) Según consta en el Informe ampliatorio emitido por la Subinspectora actuante y en la propia documentación que aporta la empresa, le fue concedido un aplazamiento en el pago de cotizaciones referidas al periodo que discurre desde noviembre de 2011 a octubre de 2012; y tal aplazamiento fue dejado sin efecto con fecha 21 de octubre de 2013. Todo ello, por tanto, queda fuera del periodo a que se refiere el Acuerdo sancionador del Consejo de Ministros.

B) En la referida línea, nuevamente debemos recordar la argumentación contenida en nuestra STS 22 julio 2015 (autos 4/2012; *Calcusán SL*)

"Si bien es cierto, que el *Artículo 17.1 de la Orden TAS/3512/2007, de 26 de noviembre, por la que se modifica la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social*, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, y que regula las "Consecuencias del aplazamiento e incidencias posteriores a su concesión", establece, que: "Las empresas y demás sujetos responsables que tengan concedido aplazamiento para el pago de sus deudas con la Seguridad Social, en tanto no se produzca el incumplimiento a que se refiere el artículo 36 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, se considerarán al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social tanto a los efectos indicados en el artículo 31.3 de dicho reglamento como para el reconocimiento de prestaciones, conforme a lo previsto en el artículo 124.2 de la Ley General de la Seguridad Social ,....", no es menos cierto, que dicha concesión de aplazamiento, no tiene efecto alguno con relación a la infracción derivada del incumplimiento de la obligación de cotizar ni en relación con la sanción que pueda derivarse de dicha infracción, dado que, por propia remisión del precepto los efectos son los del apartado 3 del artículo 31 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, conforme al cual, "La concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en este Reglamento y en la resolución que lo conceda, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, la exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social causadas durante aquél, la contratación administrativa y a cualquier otro efecto previsto por Ley o en ejecución de ella", por lo que la invocación del señalado precepto por la demandante, en modo alguno enerva ni la infracción cometida ni la sanción resultante".

C) Invoca a su favor la doctrina de la STSJ Madrid 13 enero 2017 (rec. 913/2016), pues entiende que, sensu contrario, viene a sostener que la existencia acreditada de problemas económicos constituye el supuesto de fuerza mayor previsto por la Ley.

Esta línea argumental está condenada al fracaso, como ya hemos expuestos porque: a) Si las cosas fueran como sostiene la demandante, estaríamos ante doctrina contraria a la sentada por este Tribunal Supremo. b) La sentencia en cuestión desestima la demanda empresarial y acoge el concepto tradicional de fuerza mayor. c) Las consideraciones que realiza sobre una hipótesis que no concurre en modo alguno constituyen su *ratio decidendi*.



D) Las argumentaciones construidas a partir de las cuentas anuales de la empresa, de sus liquidaciones impositivas o de las dificultades para obtener beneficios en la actividad desarrollada viene a reiterar argumentos de los que ya nos hemos ocupado y que se alejan del enfoque propio de una impugnación de sanción administrativa.

3. Desestimación.

Como expone el Ministerio Fiscal en su Informe, la empresa no desvirtúa los hechos constatados por la Inspección de Trabajo. Su valoración sobre la concurrencia (o no) de causa para interesar la declaración de concurso, la pretérita solicitud de aplazamiento por periodos muy alejados de los comprendidos en el Acuerdo impugnado o la admonición sobre imposibilidad de satisfacer la sanción impuesta en modo alguno permiten apreciar la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad administrativa.

SEXTO.- Resolución.

A) El artículo 205.e) LRJS dispone que "la sentencia se dictará en el plazo de los diez días siguientes a la votación y fallo, y en ella se efectuarán los pronunciamientos que correspondan en los términos establecidos en el apartado 9 del artículo 151, y contra ella no cabrá ulterior recurso". A su vez, el artículo 151.9.b) LRJS prescribe que la sentencia "desestimará la demanda cuando se ajuste a derecho el acto impugnado".

B) Los razonamientos expuestos en los Fundamentos precedentes conllevan, al hallarse ajustados a Derecho los actos administrativos impugnados, la desestimación de la demanda. De conformidad con lo previsto en el artículo 205.1.d) LRJS no cabe recurso frente a nuestra sentencia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
:

- 1) Desestimar la demanda interpuesta por la Abogada y representante de Penfre Restauración frente a los acuerdos del Consejo de Ministros de 28 de julio y 29 de diciembre de 2017.
- 2) Declarar ajustada a Derecho la sanción de 188.202,48 euros impuesta a la citada mercantil al amparo del artículo 22.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- 3) No efectuar imposición de costas.
- 4) Advertir que frente a esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

Así se acuerda y firma.