

EMPRESAS FICTICIAS, INTENSIDAD EN LA PRUEBA DEL FRAUDE Y ACTUACIÓN PROCESAL DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

Sentencia TSJ Cataluña 59/2021, de 15 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2021:59)

ROBERTO FERNANDEZ VILLARINO*

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia de instancia estima una reclamación de cantidades frente a una empresa que no comparece al acto del Juicio. Sí que lo hace el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA), que impugna determinados conceptos pero no el hecho de que la empresa fuera ficticia, esto es, diseñada para obtener prestaciones públicas de manera fraudulenta.

Se evidencia que con fecha 14 de marzo de 2016 existía un Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que se calificaba a la empresa en la que había trabajado el actor como ficticia o fraudulenta. En dicho informe se propone a la TGSS “la anulación de la totalidad de las altas de los trabajadores de la empresa, así como su código de cotización con traslado de lo actuado al FOGASA al INSS y al SEPE”. Dicho informe tuvo entrada en el FOGASA el día 22 de marzo de 2016, resultando implicados en el cobro de prestaciones hasta quince trabajadores, que fueron citados ante la Inspección, reconociendo la mayoría de ellos que no tenían constancia de la citada empresa o que nos les constaba que habían trabajado nunca para ella. El actor igualmente fue citado pero no acudió.

El FOGASA recurre la resolución de instancia vía art. 193 c) LRJS, señalando como precepto legal infringido el artículo 33 del ET en relación al artículo 6.4 del Código Civil. Se pretende, en suma, el mantenimiento de la denegación realizada en vía administrativa, pues sostiene esa posibilidad aun cuando el derecho derive de título judicial firme, en los supuestos en que se advierta que la empresa era ficticia y que la relación laboral se había formalizado con el exclusivo objetivo de obtener prestaciones de carácter público.

RESUMEN: La Sentencia de suplicación aborda los límites y la consideración jurídica de la “intensidad exigible a la prueba del fraude” derivada de las relaciones laborales ficticias. Cuando hablamos de relaciones laborales

* Profesor Asociado Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

ficticias hacemos referencia a la arquitectura de aparentes entidades mercantiles, bajo la que se sustentan contratos de trabajo simulados con el único objetivo de obtener prestaciones públicas, sin que por tanto haya una contraprestación efectiva de trabajo por salario. La “intensidad exigible” hace referencia al nivel de exigencia necesario para revocar los hechos probados de una sentencia, más allá de lo evidenciado por el propio informe ITSS. Incluye indicadores a partir de los cuales se puede medir la intensidad de la prueba aportada, principalmente, el soporte documental probatorio aportado por el actor.

Por otra parte se analiza si esta pretendida revocación no contraviene lo dispuesto en el artículo 23.5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, de modo que debe acudir a juicio y alegar dicho fraude en el mismo, al amparo de las facultades que le confiere y, si no lo hace, queda vinculado por los pronunciamientos de la sentencia.

INDICE

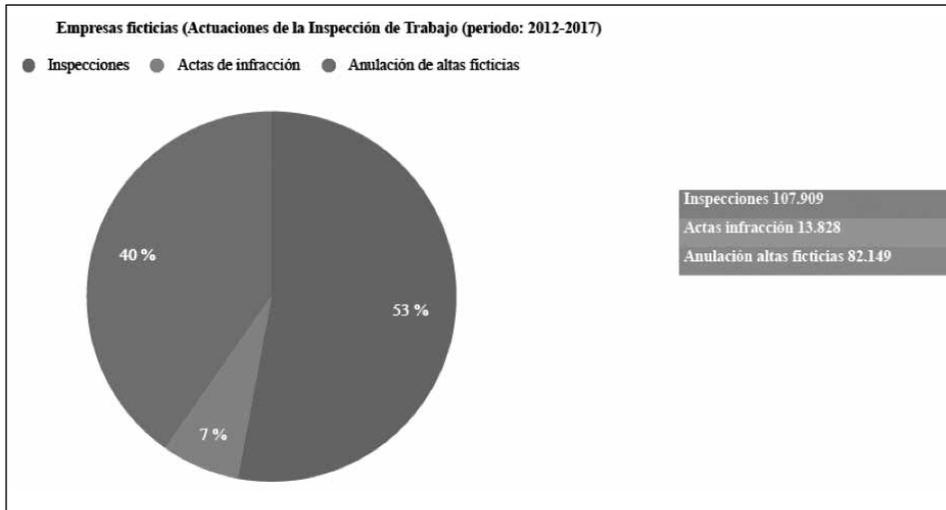
1. LA ARQUITECTURA DEL HECHO FRAUDULENTO: INDICADORES
2. LOS PRETENDIDOS EFECTOS REVOCATORIOS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO
 - 2.1. La actuación procesal del FOGASA en el acto del juicio
 - 2.2. El momento del conocimiento efectivo por el FOGASA de la situación de fraude
 - 2.3. La intensidad exigible a la prueba del fraude
3. CONCLUSIONES

1. LA ARQUITECTURA DEL HECHO FRAUDULENTO Y SU CONTEXTUALIZACIÓN. INDICADORES

Antes del abordaje del debate jurídico presentado por la sentencia, nos parecía conveniente tener presente la traducción del mismo en datos concretos. Hablamos del alcance e impacto económico del fraude en nuestra sociedad, así como los elementos que lo caracterizan. También resulta interesante disponer de la extensión de las consecuencias jurídicas de las empresas ficticias más allá del ámbito administrativo laboral, recordando para ello, los requisitos que componen el tipo legal de los delitos vinculados con esta figura. Este contexto, -junto con el trasfondo social y económico inherente al mismo-, nos ayudará a situar y visualizar con más claridad el alcance de la discusión jurídica que se plantea en casos similares al analizado.

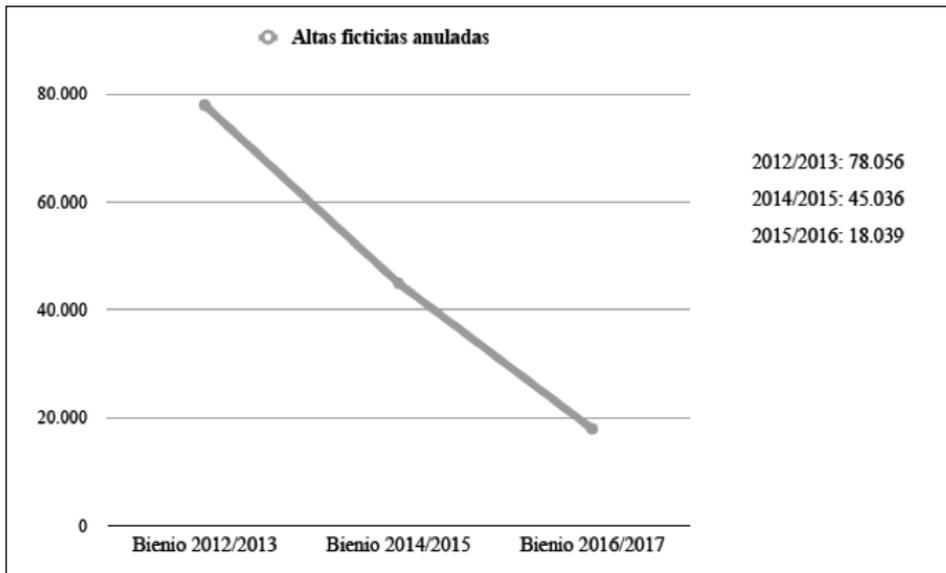
Por lo que respecta a los datos concretos de afloramiento de empresas ficticias como consecuencia de las actividades inspectoras, destacamos:

Gráfico n° 1.

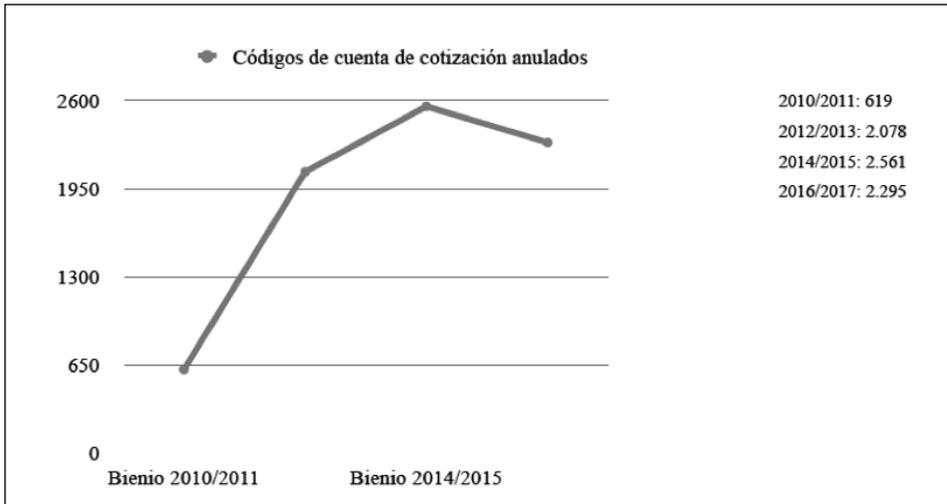


Fuente: Elaboración propia a partir de los Datos del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020.

Gráfico n° 2.



Fuente: Elaboración propia a partir de los Datos del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020

Gráfico n° 3.

Fuente: Elaboración propia a partir de los Datos del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020

Por otra parte, el impacto económico estimado por las medidas adoptadas contra el fraude, considerando que, las altas anuladas que no llegaron a generar prestaciones, -(un 60% de las altas inducidas estaban destinadas al cobro de la prestación por desempleo y un 30% al cobro de la prestación por maternidad)-, asciende a 923,17 ME.¹

¿Qué común denominador que puede observarse del conjunto de estos datos? Ante todo una significativa disminución del fenómeno, si bien, cada vez se observa una mayor complejidad en el diseño y arquitectura del mismo, con el objetivo de no ser detectado por la Inspección².

¿Cuáles son los elementos que caracterizan al patrón del fraude? conforme al Plan Estratégico, el elemento característico que se repite de manera recurrente es el ánimo de lucro del empresario ficticio junto con la existencia de previas

¹ Impacto económico de los resultados: Total Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Pág. 54 Plan Estratégico

² Así, en el Plan Estratégico se concluye, pág. 9: (...) “El enorme esfuerzo efectuado en la lucha contra esta modalidad de fraude ha llevado a la reducción significativa del fraude organizado en este aspecto. Si al comienzo de la Legislatura era habitual la creación de estas empresas completamente ficticias con el objeto de facilitar el acceso indebido a prestaciones, sobre todo de desempleo, en el a o 2015 se ha producido una notable reducción de las mismas produciéndose un mayor número de connivencias o simulaciones puntuales en empresas reales, lo que determina una mayor complejidad tanto en la detección como en el desarrollo de las actuaciones inspectoras de comprobación”.

relaciones personales entre empresario y trabajador. Así se concluye en el texto del Plan: (...) “Esta modalidad fraudulenta reproduce el patrón de fraude más tradicional consistente en la simulación de relaciones laborales basada en relaciones personales entre el empresario y el trabajador y en menor medida en el intercambio de un precio entre ambos para la realización de la actuación fraudulenta. El ánimo de lucro del empresario ficticio es una seña de identidad de esta tipología de fraude”.

¿Qué indicadores pueden identificar la existencia de una situación de fraude? Principalmente los derivados de la ficha de análisis de signos de actividad emitida por la AEAT. Esta ficha de signos, forma parte de los avances en la implantación y desarrollo del Convenio con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, realizando una mejora de los mecanismos de intercambio de información. Como hitos importantes de esta colaboración es preciso referirnos a la suscripción, el 20 de julio de 2015, de la Adenda al Convenio de Colaboración entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en materia de intercambio recíproco de información para la prevención y corrección del fraude fiscal y a la Seguridad Social. En virtud de esta modificación del Convenio se intensifica la cooperación entre ambos organismos, facilitando la interconexión de los sistemas informáticos de ambas Inspecciones.

En el caso analizado (Antecedente de Hecho segundo de la Sentencia), se evidencia que la entidad mercantil en la que constaba el actor, consta de alta en fecha 13.02.2014 y sin fecha de baja. La citada ficha arroja la siguiente información:

- Modelo 390-392 referente a pago IVA, no aparecen consignadas liquidaciones.
- No existen retenciones en las retribuciones de ningún trabajador.
- Referente al modelo 347 sobre ingresos y pagos, tampoco se refleja ningún pago a proveedores ni ingresos de clientes.
- No se consigna ningún certificado de subcontratación.
- En el modelo 340 sobre pagos imputados existe 1 factura por importe de 60,50 euros al proveedor Ecosistemas digitales de negocios, y otra de 65,00 euros a la empresa NH Hoteles España S.A.”

Por lo que respecta a la repercusiones penales derivada de la consideración de empresas ficticias, recordemos en primer lugar la existencia de un tipo específico para el fraude de prestaciones, se trata del art. 307 ter se incorpora un nuevo artículo 307 ter tipificando la conducta delictiva orquestada de manera mendaz para este fin. Tal y como se recoge en el Plan Estratégico, este precepto (...) “evita así el riesgo de impunidad de aquellos fraudes más graves que hasta la fecha no superaban el límite cuantitativo objetivo, y se responde a la alarma social creada por la proliferación de fraudes masivos a la Seguridad Social”. Por otra parte,

la modificación del artículo 398 CP, aclara el tipo de falsedad de certificados, limitándolo a los de escasa trascendencia en el tráfico jurídico. Se clarifica que la falsedad de certificados relativa a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública se calificaron como falsedad en documento oficial cometida por particulares (art. 390 en relación con el 392 CP), castigados con penas superiores a las del tipo de falsedad de certificados. Finalmente, debe hacerse referencia a la ulterior reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de frustración en la ejecución y de la insolvencia punible, de incuestionable trascendencia en la lucha contra el fraude fiscal y de Seguridad Social.

Por último citar el recientemente publicado Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para los ejercicios 2021, 2022 y 2023, establece en su “Actuación 8.3 Empresas Ficticias: se debe continuar actuando en los casos en los que existan indicios de empresas ficticias, con una metodología apropiada y mejorando los recursos de apoyo y formación del personal actuante.”

2. LOS PRETENDIDOS EFECTOS REVOCATORIOS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Las pretensiones procesales del FOGASA se centran en extender los efectos revocatorios del expediente administrativo denegatorio de la prestación del actor, a la sentencia de instancia. La configuración del debate jurídico evidenciado por la sala de lo social del TSJ de Cataluña, incluye los siguientes elementos de análisis:

2.1 La actuación procesal del FOGASA en el acto del juicio

El marco legal de la discusión lo ofrece la consideración y extensión de lo establecido en el art. 23.5 de la LRJS determina que 5. “En los supuestos del apartado 2 de este artículo, así como cuando comparezca en juicio en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, el Fondo de Garantía Salarial deberá alegar todos aquellos motivos de oposición que se refieran a la existencia de la relación laboral, circunstancias de la prestación, clase o extensión de la deuda o a la falta de cualquier otro requisito procesal o sustantivo. La estimación de dichas alegaciones dará lugar al pronunciamiento que corresponda al motivo de oposición alegado, según su naturaleza, y a la exclusión o reducción de la deuda, afectando a todas las partes”.

Sobre la base de este precepto, la “actuación procesal” del FOGASA en el acto del juicio fue eminentemente activa. Se persona, acude al acto del juicio e impugna determinados elementos de la demanda, entre los que no se incluía la alegación de la consideración de empresa ficticia. De tal manera que se comparece y técnicamente se plantean excepciones procesales de prescripción que, a mayor abultamiento fueron atendidas por el Juzgado de Instancia. A la sazón nada impedía al FOGASA haber podido incorporar al debate la inexistencia de la relación laboral.

Circunstancia que el Tribunal no cita literalmente, pero al que se apunta de manera soslayada, (FJ Tercero): “el Fondo de Garantía Salarial, no solo compareció al acto de juicio en el Juzgado Social núm. 20 de Barcelona, sino que mantuvo una posición activa ejercitando oposición a la cantidad reclamada mediante la alegación de prescripción de parte de la cantidad que se estaba reclamando en concepto de salarios debidos y no abonados”.

2.2 El momento del conocimiento efectivo por el FOGASA de la situación de fraude

La evidencia y posibilidad de disponer de conocimiento de la existencia de empresa ficticia por parte del FOGASA, no se produjo con posterioridad al día de señalamiento del acto del juicio, en el que conforme a lo establecido en el art. 23.5 de la LRJS podría esgrimirlo. Ocurrió antes y no se alegó. Así en el FJ Tercero se dice, “(...) tanto a la data del juicio (de 3 de mayo de 2016) como de la propia sentencia (del día 13 del mismo mes) la Autoridad Laboral (dependiente del Mº de Empleo y Seguridad Social) ya habían formalizado el Acta (de 7 de marzo de 2016) de la que se acuerda dar traslado, entre otros a un Organismo que (aunque autónomo) se haya adscrito a aquél; constituyéndose en “unidades administrativas periféricas integradas en las Direcciones provinciales de trabajo y Seguridad Social” (arts. 1.1 y 4.2 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial”.

La sentencia recurrida resuelve, citando expresamente sentencias de esa misma Sala que han examinado la cuestión que en su momento se le plantea, la de 9-2-2015 (recurso 6934/14) (EDJ 2015/58196), sentencia que también cita la parte recurrente; o las de fecha 12-1-2017 (recurso 3977/17) y 6-4-2018 (recurso 828/2018), expresando que “...la posibilidad de que dicho organismo dicte resolución contraria a la sentencia de la que dimana el título ejecutivo exige que la entidad tenga conocimiento del fraude con posterioridad al momento en que pudo intervenir en el acto de juicio del proceso que dio lugar a la sentencia, pues de lo contrario, debe acudir a juicio y alegar dicho fraude en el mismo, al amparo de las facultades que le confiere el artículo 23.5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (EDL 2011/222121), de modo que, si no lo hace, queda vinculado por los pronunciamientos de la sentencia...”

2.3 La intensidad exigible a la prueba del fraude

Si bien es cierto que el citado Informe de la Inspección de Trabajo, anula el alta de la totalidad de todos los trabajadores afiliados a la empresa, previa diligencia de averiguación a través de la citación de los trabajadores implicados, queda acreditada la inasistencia del actor y la consideración individual de su situación (al contrario de lo que ocurre con otros). A la luz de los resultados del Informe, se traslada expresamente al FOGASA para que en el ámbito de

su competencia tenga constancia de cara a la correspondiente depuración del procedimiento administrativo de reconocimiento de las prestaciones. Así, en el FJ Tercero: “(...) entre la relación de los afiliados que se citan no figura el hoy actor, refiriendo -entre los hechos que en la misma se recogen- que la empresa “consta de alta el 17.02.2014 y baja...de oficio en fecha 22.04.2015”; para concluir (tras su remisión a las situaciones de fraude y su justificación) que la misma “no desarrolló actividad empresarial alguna, que su creación tenía por finalidad, en el contexto de la aparición de empresas ficticias o fraudulentas la obtención indebida de, al menos, prestaciones de Seguridad Social...”. Razón por la que se procedió a “anular el alta de la totalidad de todos los trabajadores de la empresa” así como el “código de cotización” correspondiente a la misma; acordándose el “traslado de las...actuaciones” (entre otros) al “Fondo de Garantía salarial...para que el ámbito de su competencia adopten las medidas legales oportunas).

Al hilo de lo anterior, el actor, no concernido personalmente en el acta, aporta en el acto del juicio prueba documental acorde con las pretensiones de su acción a la que tuvo acceso el FOGASA y que, junto con el resto de pruebas, configuró el debate jurídico a partir del cual el mismo hizo las consideraciones procesales y de fondo apuntadas en este comentario. El comportamiento individual del actor, a la luz de estas evidencias y a criterio del Juzgado, mantiene una coherencia procesal incontrovertida que hace no superar lo que el Juzgado considera la intensidad que debe esperarse de la conducta procesal fraudulenta. Una conducta fraudulenta que ha de observarse sin ambages en la documental aportada en juicio. Así en la FJ Tercera: “(...) Del contenido de la actuación inspectora no puede considerarse acreditada (con la intensidad exigible a la prueba del fraude que se alega) una prestación ficticia de servicios por quien, no habiendo sido individualmente concernido por un Acta que elude toda singular referencia al reclamante, incorporó al proceso del que trae causa la presente resolución principios de prueba escrita acreditativa de su relación con la empresa; cuales son el contrato y las nóminas coincidentes con su reconocida situación de alta en el Sistema. Prueba a la que debe añadirse (por su significada relevancia jurídicoprocesal) aquellos ya identificados pronunciamientos judiciales resolutorios de sendos procesos (de despido y reclamación de cantidad) en los que fueron parte el Fogasa sin que conste su intervención no obstante recabarse contra el mismo (y así fue resuelto en dichas sentencias) su legal responsabilidad subsidiaria”.

En relación con los pretendidos efectos del Expediente Administrativo sobre los derechos reconocidos en una sentencia firme y conclusión de la fundamentación jurídica, la sentencia concluye que, no estamos ante la situación de hecho de fraude contra el propio FOGASA sino ante una falta de alegación expresa en el acto del juicio de empresa ficticia, siendo aquel y sólo aquel, el momento procesal oportuno para plantearlo. En este sentido, en el Fundamento Jurídico Tercero “in fine”, (haciendo referencia al informe de la Inspección de Trabajo) evidencia que “(...) consta en el hecho probado quinto y que en relación con lo expresado en el sexto

pone también de relieve que el actor no compareció a la citación de la Inspección de Trabajo con lo que no existe referencia específica individualizada al mismo, o como se indica en las precedentes sentencia de la Sala es un "... trabajador no individualmente concernido por un acta que elude la singular referencia al trabajador, sin perjuicio de haber sido citado en las actuaciones inspectoras...".

Como consecuencia de lo anterior, por estos mismos hechos, el actor no puede tener dos resoluciones contradictorias diamantes de la consideración de si existió o no una verdadera relación laboral. Así se concluye también en la Sentencia núm. 3711/2019, que determina que "(...) con gran claridad lo ha expresado la STC n.º 62/1.984, de 21 de mayo (...) "(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que los mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm. 3, de la CE (EDL 1978/3879). (...) en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24-1 de la CE (EDL 1978/3879), pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios".

3. CONCLUSIONES

El impacto económico y social de las conductas y actividades fraudulentas sobre las que gira el debate jurídico de este análisis, puede generar(nos) una primera impresión una tanto equívoca sobre el fallo de la sentencia. Algo así como el "triunfo" del actor "espabilado" que juega bien sus cartas y tiene un golpe de suerte en el acto del juicio: no acude al requerimiento de la inspección, presenta a juicio documentos coherentes y con apariencia de legalidad y, sobre todo, superan el filtro de la contradicción procesal: el FOGASA pese a poder tener constancia documental del fraude no lo alega en el acto del juicio. No obstante, siguiendo la propia argumentación de la sentencia comentada, un eventual fallo favorable a los intereses del FOGASA genera un perjuicio aún mayor contra los elementos que configuran el principio de seguridad jurídica. Esta percepción que el lector puede albergar acerca de que el actor pudo defraudar, es superada por las consecuencias jurídicas de una resolución que eventualmente hubiere determinado la incorrección de la sentencia de instancia. Como hemos observado, en palabras de TC, implicaría concluir que unos hechos ocurrieron y a la misma vez no ocurrieron.

Resulta interesante el concepto esgrimido por el TSJ de Cataluña, de la intensidad exigible a la prueba del fraude, esta ponderación más allá de los resultados objetivos del acta de la Inspección de Trabajo, no exento en mi opinión de cierto sesgo subjetivo. Documento en el que, con meridiana claridad (apoyándose además en las evidencias de inactividad acreditada a través de los datos de la AEAT) se determina la existencia de fraude, más allá de que el actor acudiese o no a la cita de la Inspección. La apariencia de legalidad de nóminas, contratos y certificados de empresa aportados al acto del juicio por el actor y no impugnados por el FOGASA, han terminado generando una apariencia de buen derecho tal, que termina contrarrestando los resultados de aquella.

Con independencia de este debate jurídico, considero interesante subrayar, otro que percibo al hilo de segundas y terceras lecturas del fallo.

Se trataría, si procede, -para generar mayor jurídica y cribar posible situaciones de riesgo como las analizadas en este artículo-, la creación de un “listado de empresas ficticias” previamente determinadas por la Inspección de Trabajo y TGSS. Similar al listado de deudores del art. 95 bis de la Ley General Tributaria (comúnmente conocido como “listado de morosos”). En este sentido, podría ser confeccionado a partir de los indicios de fraude extraídos de la aplicación de metodología analítica y técnicas matemáticas que, basándose en los casos ya investigados o bien en aquellos casos sin investigar que presenten estos indicios, y que permitan identificar de forma anticipada, situaciones potencialmente fraudulentas.

Como se apunta en el Plan estratégico, esta metodología y las técnicas citadas “se estén aplicando de forma progresiva a cada uno de los diferentes sectores económicos de las empresas, priorizando su puesta en marcha en aquellos en los que pueden tener una mayor incidencia los resultados analíticos. Estos resultados determinan que las empresas o trabajadores en los que ha concurrido una o varias de las condiciones que se han entendido como relevantes en los estudios deben ser analizados de una forma más exhaustiva para concluir si, efectivamente, reúnen indicios de fraude”.

A mayor abundamiento, citamos el recientemente publicado Real Decreto 688/2021 de 3 de agosto de 2021, por el que se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (modificación de LISOS), que no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2022. El texto legal, viene a regular la automatización, en casos concretos, de la actividad de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Así en la E de M del citado RD se dice: el análisis masivo de datos para la detección de fraude permite conocer la existencia de incumplimientos de los sujetos obligados, especialmente en materia de Seguridad Social, que provocan perjuicios a los trabajadores afectados y a la propia administración de la Seguridad Social. En ocasiones, la constatación de estos incumplimientos no requiere la intervención directa de ningún funcionario

del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Al hilo de ello el art. 44 del RD aborda el “procedimiento promovido por actuación administrativa automatizada” que se nutre de datos, antecedentes e informes del sistema de información de la IT, así como de las entidades que prestan su auxilio y colaboración.

Esta considerable base de datos, incrementada con los resultados de la colaboración / cooperación entre administraciones públicas, junto con la gran capacidad analítica que otorga la inteligencia artificial y la capacidad de gestión que ofrece la “actividad automatizada” bien podrían ser aplicados a la detección de situaciones de fraude como las abordadas en este artículo. La referencia de disponer de un listado de empresas ficticias que recopile el resultado de estos datos, podría contribuir a evitar disfuncionalidades de esta naturaleza, ofreciendo resultados concretos visibles para todas las administraciones con competencias en materia de prestaciones públicas.