

recogida por el artículo 44 del Código Penal³⁰. Desde esta perspectiva, la intimidación no es de aquellos bienes jurídicos de “nula o limitada posibilidad de consentimiento” ya que no es un bien de la comunidad ni involucra la vida humana³¹. Podría sí cuestionarse que el consentimiento, en el caso del empleado, es un consentimiento “no libre”, como se postula a menudo desde el derecho del trabajo. Pero como señala ROXIN, “unánimemente se reconoce que no pueden ser aplicables las normas jurídicociviles sobre el significado de los vicios de la voluntad...Pues, jurídicocivilmente, las manifestaciones que adolecen de vicios de voluntad son, por de pronto, válidas y solo posteriormente pueden ser impugnadas a libre elección del manifestante; por el contrario, en el Derecho penal debe constar en el momento de la intervención si el hecho es punible, es decir, si el consentimiento es eficaz o no”³². Por lo tanto, el consentimiento será ineficaz solo en casos de engaño, error o coacción en el sentido de violencias o amenazas³³.

Tampoco es posible fundar una tipicidad subjetiva pues no existe en estos casos una acción del empleador dirigida a lesionar gratuitamente un bien jurídico. Ya se indicó que este tipo de conductas están justificadas cuando se obra ante la sospecha de un delito. El razonamiento de la Magistrado

instructora en el caso *Deutsch Bank* en el sentido de que la orden de “acceso, bloqueo y copiado” revela el elemento subjetivo del tipo porque el empleador no se detuvo en el bloqueo, no es un argumento compartible. En verdad, en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos debe existir un dolo de violentar la intimidad. En el supuesto que se analiza, la empresa tiene una sospecha de que se está cometiendo o se ha cometido un fraude por parte del empleado, pero no tiene todavía la evidencia suficiente para requerir una orden judicial y por eso procede al “acceso, bloqueo y copiado”. La conducta se realiza a sabiendas que el derecho a la intimidad del empleado ha sido restringido por el consentimiento de este, y es sabido que todo derecho fundamental admite restricciones. Lo que sí no es posible es un acceso sin causa alegable o con finalidad meramente aflictiva.

No obstante este desarrollo teórico, creo que este verdadero conflicto de intereses, junto a otros que se plantean a diario en el ejercicio de la fiscalización del fraude corporativo, como las videograbaciones o las investigaciones internas mediante detectives, deberían ser objeto de una regulación legal. Ello dará las seguridades necesarias tanto a empleador como al empleado.

³⁰ Artículo 44: No es punible la lesión causada con el consentimiento del paciente, salvo que ella tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley, o inferir un daño a otros.

³¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, cit, p. 526-529.

³² *Ibidem*, p. 544.

³³ *Ibidem*, 544-552.

LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL POR LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ*

I. LA LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La aprobación de un Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, para el periodo 2012-2013, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012, contemplaba por un lado, medidas organizativas desde el punto de vista administrativo y, por otro, la adopción de medidas normativas, entre las que se encontraba la aprobación de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (BOE núm. 311 de 27 de diciembre de 2012) y la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE núm. 312 de 28 de diciembre de 2012).

La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, es la encargada de realizar un conjunto de modificaciones en el ámbito laboral que afectan al Estatuto de los Trabajadores, a la Ley General de la Seguridad Social, a la Ley de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En este último Texto la Ley 13/2012 modifica, entre otros, el artículo 23.1.b) para diferenciar y tipificar

por separado dos conductas: la primera, consistente en no ingresar las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social en plazo y forma reglamentarios sin presentación de documentos de cotización, que se mantiene tipificada en esta misma letra, y, la segunda, consistente en retener indebidamente la cuota obrera, no ingresándola dentro de plazo, que pasa a recogerse en la nueva letra k) del artículo 23.1, de manera que, aun en el caso de que se hayan presentado los documentos de cotización y siempre que no esté justificado su no ingreso por encontrarse en alguna de las situaciones definidas en el artículo 22.3, sea objeto de una sanción específica, que se concreta en el artículo 40, cuya cuantía dependerá del importe de la cuota retenida no ingresada. Asimismo la reforma sustituye en el apartado 3 del artículo 22, 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.

Este conjunto de reformas tienen como objetivo principal impulsar el afloramiento de la economía sumergida, corregir la obtención y el disfrute en fraude de ley de prestaciones por desempleo, aflorar posibles situaciones fraudulentas, principalmente en casos de falta de

* Catedrática de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha (España).

alta en la Seguridad Social de trabajadores que efectivamente prestan servicios en las empresas, en el acceso y la percepción de otras prestaciones del sistema de la Seguridad Social y combatir los supuestos de aplicación indebida de bonificaciones o reducciones de cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.

Por su parte, la Ley Orgánica 7/2012 incorpora varias novedades al texto punitivo que si bien se centran en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, también afectan a los delitos contra los derechos de los trabajadores para castigar a quienes, de forma masiva o colectiva, recurren a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al Sistema de la Seguridad Social que les corresponda, o sin haber obtenido la preceptiva autorización para trabajar en el caso de los extranjeros que lo precisen; asimismo la reforma modifica el artículo 398 para excluir del tipo penal a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública; la reforma también incluye, entre los delitos contra la Administración Pública, un nuevo artículo 433 bis que sanciona a la autoridad o funcionario público que falsee la contabilidad, documentos o información que deban reflejar la situación económica de Administraciones y Entidades Públicas; tipifica el falseamiento de la información de relevancia económica que no forma parte inicialmente de un documento pero que posteriormente encuentra reflejo en el mismo y la facilitación de información mendaz a terceros cuando esa conducta sea idónea para causar un perjuicio económico a la Administración.

Asimismo la citada Ley Orgánica es aprovechada para incluir a los partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas y para ello suprime la referencia que hasta entonces se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012 a los partidos políticos y sindicatos se les exigirá responsabilidad penal por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su be-

neficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 expone que la reforma se enmarca en el conjunto de medidas de mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica, especialmente severa en el ámbito europeo, más en concreto en el caso español, así como con la necesidad de acompañar las mismas de las reformas necesarias en los sectores o actividades económicas afectadas; actividades económicas en las que, por otro lado, existe una mayor percepción del fraude y que son precisamente donde deben adoptarse las reformas penales concretas. Por ello mismo, la reforma afecta principalmente a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. A estos segundos se limita el presente estudio.

II. LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

La historia se repite una vez más pues como ya sucediera en 1995 cuando unos meses antes de la aprobación del nuevo Código penal, la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, modificaba determinados preceptos del Código penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, ahora en 2013, cuando una nueva y vasta reforma penal se está fraguando, el legislador “extrae” de la misma los delitos relativos a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, siendo una vez más el Título XIV del Libro II del Código penal objeto de una reforma independiente y anticipada.

Fue, en efecto, la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, la encargada de incorporar al texto punitivo los delitos contra la Seguridad Social a través de la creación ex novo del artículo 349 bis que pasaría al llamado Código penal de la democracia con el ordinal 307. La incorporación de estos nuevos delitos estaba motivada

en el hecho de que en un Estado social y democrático de Derecho es un valor capital la política social. La Constitución española considera la Seguridad Social como un sistema trascendente para el modelo social español y reconoce textualmente en su artículo 41 que: Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

A partir de esta declaración se puede afirmar el carácter de la Seguridad Social como bien jurídico constitucional y, como todo bien jurídico, merecedor de protección penal al ser insuficiente la protección otorgada a la Seguridad Social desde otros campos del Ordenamiento Jurídico.

El artículo 41 de la Constitución española obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. Pero la Seguridad Social requiere un patrimonio necesariamente, patrimonio que debe ser protegido penalmente como ocurre con el patrimonio de la Hacienda Pública, pues al igual que ésta, la función principal que realiza la Seguridad Social se basa en la adquisición de recursos –principalmente a través de las cuotas empresariales y obreras– y su aplicación o gastos de los mismos para la realización de los cometidos económicos que le competen. El sistema de Seguridad Social es como el propio sistema fiscal un medio para perseguir finalidades tales como las transferencias sociales de recursos o la redistribución de la renta nacional. Desde el punto de vista funcional puede afirmarse que la Seguridad Social es equivalente a una Hacienda Pública especializada.

La defraudación a la Seguridad Social incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial. La situación actual de crisis económica hacía necesario mejorar

los sistemas de control de los ingresos y gasto público. La reforma penal, en vigor desde el 17 de enero de 2013, pretende ofrecer una respuesta contundente frente al fraude a la Seguridad Social en sus dos aspectos: el recaudatorio y el prestacional.

1. LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN RECAUDATORIA: LOS ARTÍCULOS 307 Y 307 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

El legislador dedica los artículos 307 y 307 bis a la protección de la función recaudatoria de la Seguridad Social. El artículo 307 constituye el tipo básico y sobre él se construyen los tipos agravados previstos en el artículo 307 bis.

Por lo que atañe a la composición del tipo básico se ha pasado de tres apartados a seis, lo que lleva a dotar al artículo 307 de una técnica normativa endiablada y funesta al hacer uso de una redacción extensa, prolija y compleja. Por ello mismo, se procede al estudio de cada apartado por separado en un intento de ofrecer una visión más nítida del mismo.

El apartado primero del artículo 307 establece:

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.

La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de

obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

En este primer apartado del tipo básico se han introducido las siguientes modificaciones respecto a la redacción anterior:

Primera: El legislador sigue considerando, por razones de política criminal, que la defraudación a la Seguridad Social, al igual que sucede en materia tributaria, solo merece una pena cuando la cantidad defraudada supere unas determinadas barreras cuantitativas que el tipo delictivo establece como condición objetiva de punibilidad. Estas barreras en la Ley Orgánica 7/2012 se reducen hasta un importe superior a 50.000 euros frente a la cifra de 120.000 euros que contemplaba el texto anterior. Con esta medida el ámbito de aplicación que se le confiere ahora al Derecho penal es mayor.

El legislador se ha decantado así por romper el tratamiento unitario, en lo que a la cuantía se refiere, entre el delito de defraudación a la Seguridad Social y el delito contra la Hacienda Pública. El Preámbulo de la Ley Orgánica explica esta ruptura con los siguientes términos: “La realidad social y económica actual pone de relieve la necesidad de actuar, con mayor contundencia, frente a las conductas presuntamente delictivas y tramas organizadas que ponen en peligro la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social. La reducción de la cuantía del tipo delictivo permite que sean objeto de punibilidad penal hechos que actualmente sólo son sancionables administrativamente y que son objeto de un contundente reproche social en momentos de especial dificultad económica en el ámbito empresarial como los actuales”.

El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma justifica la reducción de la cuantía en dos datos: en primer lugar, para que esté en consonancia con la que se establece en los países de nuestro entorno. Ciertamente países de nuestro entorno cultural y

político, como Francia o Alemania, no contemplan cuantía alguna. En segundo lugar, por la necesidad de dotar de mayor protección al patrimonio de la Seguridad Social. Razonamiento que bien pudiera extenderse al ámbito tributario pues si con la reducción de la cuantía se dota, como afirma el Consejo Fiscal, de mayor protección al patrimonio de la Seguridad Social ¿por qué no aplicar asimismo la reducción al ámbito tributario?.

Segunda: La regularización de la situación ante la Seguridad Social configurada anteriormente como una excusa absolutoria en el viejo apartado 3 del artículo 307, por ser un acto posterior a la comisión de la defraudación, pasa ahora a ser un elemento del tipo al introducir el legislador en el apartado 1 del artículo 307 el inciso: salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.

Esta modificación se complementa con la del apartado 3 al que se remite y en el que se suprimen las menciones a la regularización como excusa absolutoria.

Con esta aparentemente poca significativa modificación se introduce un cambio muy relevante sobre el momento de la consumación y, por consiguiente, sobre el dies a quo del que hay que partir para el cómputo del plazo de prescripción. Tras la reforma, el delito solo se entenderá consumado si el infractor no ha regularizado su situación ante la Seguridad Social, es decir cuando no proceda al completo reconocimiento y pago de la deuda con anterioridad a que se le haya notificado la iniciación de las actuaciones inspectoras para la determinación de dicha deuda o, en su defecto, a que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga denuncia o querrela por tales hechos. Por tanto, el delito contra la Seguridad Social solo se habrá de considerar cometido cuando la autoridad de la Seguridad Social dé inicio a sus actuaciones de comprobación y averiguación, ya que, a partir de ese momento, no se puede regularizar la situación ante la Seguridad Social.

La regularización, como aconseja el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto, debería seguir siendo contemplada como una excusa absolutoria, figura que impide la imposición de la pena, pero no excluye la antijuridicidad de la conducta ni la culpabilidad del autor tal y como señala la Circular 2/2009, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código penal: “las previsiones a que se refieren los apartados indicados constituyen sendas excusas absolutorias que establecen la exención del reproche penal en base a circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. Así pues, la regularización no afecta a la categoría del injusto ni a la culpabilidad dado que se produce, en su caso, tras la perfección de la infracción penal, actuando a modo de comportamiento postdelictivo positivo”.

No obstante, esta segunda modificación no es tan diáfana si se tiene en cuenta que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el prelegislador decía claramente y con contundencia que la regularización se configuraba como un elemento del tipo delictivo: “Una primera modificación de carácter técnico es la que prevé que la regularización de la situación tributaria pase a ser un elemento del tipo delictivo en lugar de una excusa absolutoria con el fin de que se pueda ser apreciada por la Administración Tributaria, evitando así denuncias innecesarias por delito contra la Hacienda Pública que desincentivan regularizaciones espontáneas y satura los trámites de procesos abocados al archivo”, en cambio la consideración de la regularización como un elemento integrante del tipo no es tan nítida tras la nueva redacción dada al Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 donde, al menos expresamente, no configura a la regularización como elemento del tipo. El Preámbulo alude a que “de forma paralela al delito contra la Hacienda Pública, se configura la regularización de la situación ante la Seguridad Social como

el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, de modo que hace desaparecer el carácter delictivo del inicial incumplimiento de la obligación con la Seguridad Social”.

Con estas dos modificaciones el tipo básico de los delitos contra la Seguridad Social se configura ahora por la concurrencia de dos elementos: la conducta de quien elude el pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta en una cantidad superior a 50.000 euros y, además, no regulariza su situación ante la Seguridad Social.

Tercera: En el apartado primero del artículo 307 se ha incluido un inciso que deja claro que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, si ésta queda acreditada por otros hechos. Tras la reforma operada en el tipo básico el mero hecho de que el autor haya presentado los documentos de cotización no impide la consideración del impago como fraudulento, por tanto, es posible cometer el delito pese a que los documentos de cotización hayan sido presentados ante la Seguridad Social.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, justifica este drástico cambio con la siguiente explicación: “En la práctica se dan supuestos en los que se interpreta que no existe delito contra la Seguridad Social por el mero hecho de que se hayan presentado los documentos de cotización, sin entrar a valorar si son veraces y completos. También es frecuente que en los supuestos de defraudación en los que intervienen personas interpuestas, precisamente, la presentación de documentos de cotización aparentemente correctos forma parte del engaño. Por ello, se ha añadido un último inciso para aclarar que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación si ésta queda acreditada por otros hechos. El inciso no supone modificación conceptual alguna, sino que trata de fijar la interpretación auténtica de la norma”, lo que contrasta desmesuradamente con la situación anterior.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012 la acción típica consistía en defraudar eludiendo el pago de las cuotas y no en no pagar. La Exposición de Motivos de la Ley de 1995, inspirada en la noción de elusión defendida de lege ferenda en mi tesis doctoral Delitos contra la Seguridad Social publicada en 1991, entendía por elusión “cuando se deja a la Tesorería General de la Seguridad Social en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda para con la Seguridad Social, bien sea de la totalidad de la misma -elusión total- o bien de parte de ella determinándola voluntariamente en cuantía inferior a la debida -elusión parcial-, de haberse aplicado correctamente, en uno y otro caso, las normas reguladoras de la cotización a la Seguridad Social”. Se entendía así que en el caso de presentar los documentos de cotización y no ingresar, en la forma y plazo procedente, las cuotas correspondientes, el empresario sería sancionado conforme a la legislación laboral. La elusión “penal” se ceñía a los supuestos en los que la realización de la concreta pretensión del pago de la cuota de Seguridad Social no podía ser llevada a cabo por su titular porque desconocía, al no haber presentado el sujeto activo los documentos de cotización o no haber dado de alta a sus trabajadores, su existencia real. Con este entendimiento la presentación de los documentos de cotización convertía en atípico el impago. Y así lo entendía una jurisprudencia constante para quien el mero impago de las cuotas no podía colmar el tipo descrito en el artículo 307 del Código penal. En este sentido se manifestaba el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2009: “La sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declara correctamente o simplemente no declara y, además, no paga. Es decir, que a los efectos de estos delitos, la defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las pre-

rrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivo el cobro de aquello que corresponde (...). Los hechos declarados probados no son típicos, en cuanto que el obligado cumplió su deber de declarar y lo hizo correctamente, permitiendo a la Seguridad Social conocer la deuda y actuar las facultades que le concede el ordenamiento, y aunque luego incumpliera el deber consistente en pagar no incurrió en una conducta que pueda calificarse como defraudadora”. En el mismo sentido se pronunciaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 18 de abril de 2006: “el delito se integra por la declaración mendaz o el ocultamiento de las cuotas, no por el mero impago de cuotas debidamente declaradas”, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 13 de noviembre de 2003 para la que no es típica la conducta de presentar en plazo reglamentario y ante la Tesorería General de la Seguridad Social los documentos de cotización a su sellado sin ingreso posterior porque el ente público en todo momento conocía la deuda que se iba generando, no existiendo por consiguiente ánimo defraudatorio, sino un descubierto sólo sancionable administrativamente.

El legislador actual, por el contrario, sin una clara y contrastada justificación ha optado por considerar que la mera presentación de los documentos de cotización no impide la consideración de su impago como fraudulento. Con la adición del nuevo inciso la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos, el legislador ha configurado un nuevo concepto de defraudación ampliando el ámbito de aplicación del delito en la medida en que no resultará necesario que la ocultación o tergiversación de los datos relevantes para el cómputo de las cuotas tenga lugar, siendo suficiente con que se produzca el impago de estas últimas para entender colmadas las exigencias del tipo penal.

Cuarta: A pesar de haberse construido desde los inicios el delito contra la Seguridad So-

cial a semejanza del delito fiscal, tal vez por un descuido del legislador, no se contemplaba en el texto derogado la imposición de la pérdida de la posibilidad de obtener determinados derechos, derechos relativos a las relaciones entre el sujeto infractor y la propia Seguridad Social. No tenía ninguna lógica ni razón de ser que a un sujeto que se le había sancionado por eludir el pago de las cotizaciones no se le privase de la posibilidad de obtener bonificaciones, deducciones, etc. en las cuotas de la Seguridad Social.

Estas contradicciones son las que han llevado al legislador actual a incluir como penas accesorias, tanto para el tipo agravado como para el básico, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, así como del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. La duración variará en atención a la gravedad del tipo, entre un periodo de tres a seis años.

La imposición de las penas restrictivas de derechos, en los mismos términos que los previstos para el delito regulado en el artículo 305, obedece a la voluntad de endurecer las consecuencias derivadas del delito contra la Seguridad Social. Además es una medida, en la actualidad defendida por los estudiosos del Derecho penal económico y de indudable eficacia, cuyo fundamento radica no solo en razones preventivas sino también en la consideración de la particular relación entre autor y Seguridad Social.

El apartado segundo del artículo 307 dispone:

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales.

Frente al texto anterior que establecía: “A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a los defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses”, ahora el legislador introduce una re-

gla distinta para el cálculo de la defraudación basada en el importe total defraudado durante cuatro años naturales. En el Anteproyecto dicha regla se basaba en la acumulación de las cuantías impagadas y no prescritas. Las dudas interpretativas sobre el alcance que debía darse al concepto “importe total defraudado y no prescrito” llevaron a que el texto final se modificará en el sentido actual.

El legislador ha preferido incorporar una regla propia y diferente respecto al fraude fiscal, pues si el cálculo de la cantidad defraudada en este último se realiza por cada ejercicio impositivo, en el caso de los delitos contra la Seguridad Social se procederá a sumar todas las cuantías defraudadas en los últimos cuatro años naturales.

El apartado 3 del artículo 307 dispone:

3. Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regulari-

zación, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Al igual que sucede en materia tributaria el apartado 3 del artículo 307 recoge el mecanismo de la regularización. La idea de la regularización radica en razones de utilidad, en concreto, el favorecimiento o promoción del pago voluntario de la deuda y la idea de una reparación que hace disminuir la trascendencia del hecho.

En esta materia, la reforma de 2013 también ha incidido en varios aspectos:

En *primer lugar*, ha zanjado la polémica sobre el concepto de regularización.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012, y a falta de un concepto legal de regularización, se barajaban dos posibilidades: una, entender que la mera rectificación de los datos omitidos o falseados ante la Tesorería General de la Seguridad Social era suficiente para que se produjera la regularización. Así lo entendía el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de octubre de 1997, 30 de octubre de 2001, 15 de julio de 2002 o 30 de abril de 2003, entre otras. Desde la jurisprudencia menor también se observaba el mismo criterio del que hace uso, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 de febrero de 2006, al entender que la regularización no equivale necesariamente al pago, consistiendo únicamente en la declaración voluntaria del contribuyente dirigida a proporcionar a la Administración los datos necesarios que le permitan conocer su situación económica a efectos tributarios; o bien se defendía una segunda opción que consistía en exigir además el pago de la deuda. Este segundo criterio era defendido por las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2000, de 30 de octubre de 2001 o de 15 de julio de 2002. Esta última sentencia manifiesta: "...regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación incumplida, poner en orden significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, acti-

vo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud", añadiendo la sentencia de 30 de abril de 2003 que "regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria solo queda regularizada, cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación -a ello equivale la presentación de la declaración complementaria- cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración".

La intención del legislador se sumaba a la primera opción como demuestra el rechazo de la enmienda del Grupo Mixto que expresamente dotaba de contenido a la regularización exigiendo "el ingreso efectivo de la deuda y la presentación de declaraciones completas y veraces".

La reforma, para evitar interpretaciones incoherentes, concreta el concepto de regularización en el propio tipo penal exigiéndose ahora no sólo el completo reconocimiento de la deuda sino también su pago efectivo por parte del obligado frente a la Seguridad Social.

En *segundo lugar*, con la introducción del inciso o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias, el legislador salva la omisión que se producía en la regulación anterior que no contemplaba, a diferencia del delito fiscal, la posibilidad de actuación de un Juez de Instrucción.

En *tercer lugar*, se ha introducido un párrafo segundo al apartado tercero del artículo 307 que constituye una novedad en relación con los delitos contra la Seguridad Social, pero que ya estaba previsto en el delito fiscal, y que

dice: Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

Este nuevo apartado prevé que los efectos de regularización contemplados en el párrafo anterior también serán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho a su determinación en vía administrativa. Se alude a razones de política criminal que justifican que la regularización pueda operar cuando ha prescrito la facultad de la Administración para determinar la deuda mediante la oportuna liquidación o, en su caso, para exigir el pago de las deudas ante la Seguridad Social liquidadas o hacer efectivo el derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos.

En *cuarto lugar*, el último párrafo del apartado 3 del artículo 307 excluye la persecución de otros delitos que suelen acompañar a la defraudación, consistentes en irregularidades contables u otras falsedades instrumentales, que se limitan expresamente a las cometidas exclusivamente en relación a las deudas a la Seguridad Social. La reforma ha introducido las irregularidades contables que en el texto anterior solo se mencionaban en relación con el delito fiscal. Ahora se prevé, igual que en el delito fiscal, la extensión de la regularización no solo a otras falsedades instrumentales cometidas sino también a las eventuales irregularidades contables.

El apartado 4 del artículo 307 establece:

4. La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de

las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal.

En consonancia con el último párrafo del apartado 5 del artículo 305, el legislador ha introducido un nuevo apartado 4 al artículo 307 para aclarar que la existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo las excepciones que expresamente se contemplan.

El Preámbulo de la Ley Orgánica justifica tales medidas con el siguiente argumento: “Con esta reforma se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la Administración: la sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro pero podrá paralizarla el Juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que el Juez considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación”.

El legislador trata con este nuevo apartado de incrementar las posibilidades de cobro de la deuda, al evitar la paralización del procedimiento administrativo por mor del proceso penal. De esta manera, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá hacer efectivo el cobro de la deuda, respecto de la cual no ha existido un procedimiento judicial firme.

Como advierte en su Informe el Consejo Fiscal, esta modificación que permite a la Administración de la Seguridad Social continuar, en paralelo al proceso penal, el procedimiento administrativo de liquidación y recaudación, puede suponer riesgos evidentes de resultados contradictorios entre ambos procedimientos que se rigen por principios distintos y con diferentes mecanismos de investigación.

Esta modificación además va en contra de la

línea mantenida hasta la fecha por la doctrina jurisprudencial respecto a la ejecutividad de los expedientes administrativos en materia tributaria pues, hasta la reforma, cuando se hallaba abierta una causa penal, el procedimiento administrativo se paralizaba hasta la firmeza de la resolución judicial que se dictase y cuyos postulados debía respetar la Administración. Hay que recordar que el principio *ne bis in idem* se aplica en materia laboral, ya que el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social prevé la suspensión del procedimiento administrativo hasta la sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

Establece el artículo 3. Concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

1. No 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.

2. 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.

3. 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.

4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los ca-

sos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

El nuevo apartado cuarto del artículo 307, por el contrario, establece una ficción que rompe por completo con la regulación anterior. Sí ha previsto expresamente el legislador que en caso de discrepancia entre el procedimiento administrativo y el judicial, la liquidación se ajustará a lo que se decida en el proceso penal.

El apartado 5 del artículo 307 establece:

5. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.

El apartado 5 del artículo 307, a semejanza del delito fiscal, introduce un tipo atenuado que se aplicará cuando se materialice la reparación extemporánea del perjuicio causado o la colaboración activa en aras del esclarecimiento del delito o la identificación de los partícipes. Razones de política criminal de utilidad ante la delincuencia contra la Seguridad Social justifican el establecimiento de un “premio”, como contraprestación por una conducta del culpable confeso colaborador con las autoridades, que consiste en la disminución de los efectos punitivos. Dicha decisión de rebajar la pena en uno o

dos grados es absolutamente facultativa por parte del Tribunal.

Con este nuevo apartado aparece por primera vez en el ámbito de los delitos contra la Seguridad Social, como ya sucediera en materia de tráfico de drogas –artículo 376- y terrorismo –artículo 579-, la figura de los arrepentidos y colaboradores y donde la confesión y devolución de la cantidad en los dos meses siguientes a la citación del defraudador como imputado en el proceso penal permite al juez rebajar la pena en uno o dos grados, rebaja que también alcanza a otros partícipes en el delito distintos del deudor que colaboren activamente para una de estas finalidades expresas: o para la obtención de pruebas decisivas que permitan la identificación o captura de otros responsables; o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos; o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.

El apartado 6 del artículo 307 dispone:

6. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

El apartado 6 del artículo 307 contempla una medida que la reforma penal de 2010 ya incluyó en el delito fiscal y que resolvió la discusión doctrinal sobre si la totalidad de la deuda tributaria defraudada formaba parte de la responsabilidad civil declarable dentro del proceso penal.

Al igual que en el delito fiscal, la nueva disposición contenida en el apartado 6 del artículo 307 declara que el importe de la deuda frente a la Seguridad Social está integrada dentro de

la responsabilidad civil que declaren los Tribunales. Además mantiene el sistema de conferir a la Administración, por el procedimiento de apremio, la actividad ejecutiva tendente a obtener la reparación de la infracción.

La responsabilidad civil es independiente de la prescripción de la deuda, por tanto, cuando se haya cometido un delito contra la Seguridad Social, aunque la deuda haya prescrito para el deudor de la Seguridad Social, el autor deberá abonarla como parte de la responsabilidad civil.

Esta medida viene a denunciar la lentitud de la vía judicial y frente a la misma, el legislador reacciona incorporando esta regla donde predomina de una manera clara el afán recaudador de la Administración.

Los tipos agravados se contemplan en el artículo 307 bis que establece:

1. El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando en la comisión del delito concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros.

b. Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.

c. Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

2. A los supuestos descritos en el presente artículo le serán de aplicación todas las restantes

previsiones contenidas en el artículo 307.

3. En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

El legislador ha trasladado a un nuevo artículo, el 307 bis, conductas que se regulaban anteriormente en el artículo 307, incorporando como tipos agravados del delito de defraudación a la Seguridad Social los siguientes: cuando la cuantía de la cuota defraudada exceda de 120.000 euros; cuando la defraudación se cometa en el seno de una organización o de un grupo criminal; y cuando se utilicen personas o entes interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación y por ello se oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, o la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

Respecto al tipo agravado previsto en la letra a) por la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas, el legislador ha roto, una vez más, la armonía con los delitos contra la Hacienda Pública al prever una cuantía que exceda de 120.000 euros, cuantía que anteriormente era la prevista para el tipo básico y que ahora se convierte en el umbral del tipo agravado.

A la hora de configurar el tipo agravado en razón de la cuantía, el legislador ha hecho caso omiso del criterio que estableciera el Tribunal Supremo. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2012 se encargó de fijar los criterios para aplicar la agravante de especial gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado. El Tribunal Supremo consideró adecuada y proporcionada a la especial transcendencia la suma de multiplicar por 5 el límite de los 120.000 euros, es

decir, 600.000 euros. Dice la sentencia: “No existen precedentes en la Sala que se pronuncien sobre los criterios a seguir para apreciar que estamos ante el supuesto de especial transcendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado.

No nos sirve el criterio cuantitativo determinado y previsto en los delitos contra el patrimonio ya que en ellos se parte de bases absolutamente dispares, en cuanto en esas figuras delictivas, con independencia de la cuantía, siempre constituiría una infracción penal, que será delito si supera los 400 euros y falta si no alcanza esa suma, a diferencia del delito fiscal que sólo es infracción penal, como delito, a partir de los 120.000 euros; igualmente difieren en los bienes jurídicos que se pretende proteger, sin que pueda olvidarse que de seguirse una mera regla de tres con aplicación del criterio que se recoge en el artículo 250.5º del Código Penal, se exigiría una suma defraudada de más de 15.000.000 de euros lo que supondría tanto como hacer ilusoria la aplicación de esta agravante específica, que supondría un hecho imponible difícilmente alcanzable.

El Tribunal de instancia explica, en la página 37 de la sentencia recurrida, que procede apreciar la especial gravedad atendiendo que en el impuesto sobre el Valor Añadido la suma defraudada fue de 402.555,65 euros que triplica con creces la referencia de los 120.000 euros. Con relación al Impuesto de Sociedades no se aprecia la especial gravedad en el delito correspondiente al ejercicio de 1995 ya que la suma defraudada lo fue de 205.480,62 euros, esto es no dobla los 120.000 euros y por el contrario si se aprecia en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996 ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros.

Razones de lógica y ponderada aplicación de esta agravante específica, atendido el principio de seguridad jurídica para el logro de la debida unificación en la aplicación de las normas, nos lleva a considerar que debe existir un criterio que justifique la agravación.

Con esas miras, se han tenido en cuenta las cuantías defraudadas en los diferentes delitos fiscales de que ha conocido esta Sala desde el año 1990, siempre que se hubieran superado los 120.000 euros que actualmente constituye el listón para apreciar el delito contra la Hacienda Pública. Se han examinado las cuantías de un total de 108 cuotas, referidas a distintos impuestos, en las que se superaba los 120.000 euros y la cuantía defraudada total sumaba 56.064.694,70, es decir más de 56 millones de euros que si se dividen por 108 nos da una media de cuota defraudada de 519.117,54.

La agravante tiene que estar por encima de esa media, que supera el resultado de multiplicar por cuatro la cuantía exigida para que la defraudación pueda ser constitutiva de delito.

Así las cosas, atendido que el artículo 305 del Código Penal, en lo que se refiere a la cuota defraudada, exige una especial trascendencia y gravedad de la defraudación para imponer la pena en la mitad superior, pena que podría alcanzarse aunque no concurriese agravante alguna, se considera adecuada y proporcionada a esa especial trascendencia la suma que resulte de multiplicar por cinco el límite de los 120.000 euros, es decir, seiscientos mil euros, que supera en bastante la media a la que se hacía antes referencia”.

Si se quiere mantener un cierto grado de homogeneidad con el delito fiscal, el legislador debería haber fijado el parámetro de la especial gravedad en atención al resultado de multiplicar por cinco la cuantía del tipo básico, 50.000 euros, y, en consecuencia, aplicar la agravación cuando las cuotas defraudadas, las devoluciones o las deducciones indebidas superen la cifra de 250.000 euros.

El apartado b) prevé la agravación para los casos en que la defraudación a la Seguridad Social se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dediquen a la realización de tales actividades. Para determinar el ámbito de aplicación de este tipo agravado habrá que acudir neces-

sariamente a los artículos 570 bis 1) párrafo segundo y 570 ter 1, último párrafo, que contienen la definición de organización criminal y grupo criminal respectivamente. Conforme dispone el artículo 570 bis 1) párrafo segundo: A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. Por su parte el artículo 570 ter 1, último párrafo establece: A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

Finalmente, en el apartado c), con un esquema semejante al utilizado para el delito fiscal, se introduce un tipo agravado que permite la persecución de tramas societarias tras las cuales se oculta el verdadero obligado frente a la Seguridad Social o responsable del delito y, a tal fin considera especialmente reprochable la utilización de personas o entes sin personalidad jurídica, negocios o instrumentos fiduciarios, etc.

Para todos estos supuestos se prevé pena de multa del doble al séxtuplo de la cuantía y pena de prisión de dos a seis años, lo que a su vez conlleva directamente un incremento del plazo de la prescripción que pasa de cinco a diez años.

El artículo 131.1 del Código penal establece, entre otras previsiones, que los delitos prescriben a los cinco años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea de prisión hasta cinco años; y que prescriben a los diez cuando esta pena máxima sea prisión por más de cinco años y no exceda de diez años. La ampliación del periodo de prescripción del delito es fun-

damental, dice el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, en estos casos por su complejidad de difícil y tardía detección.

El incremento de la penalidad lleva implícita la atribución de la competencia para el enjuiciamiento de estos delitos a las Audiencias Provinciales.

2. LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN DE REALIZACIÓN DEL GASTO: EL ARTÍCULO 307 TER DEL CÓDIGO PENAL

Para proteger la función de realización del gasto de la Seguridad Social la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, introduce un tipo nuevo en el texto punitivo, el artículo 307 ter que establece:

1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.

Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. Cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una

pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo.

En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

4. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1 y 2 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la

acción de cobro de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

6. Resultará aplicable a los supuestos regulados en este artículo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 307 del Código penal.

A través del delito de fraude de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, el legislador sanciona conductas que con la legislación anterior quedaban extramuros del Derecho penal al no alcanzar la inmensa mayoría de los casos la cuantía de los 120.000 euros prevista para el fraude de subvenciones, tipo al que se recurría para no dejar impunes estas conductas defraudatorias.

La razón que justifica la introducción de este nuevo tipo penal viene explicitada en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 en los siguientes términos: “Debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo. Con ello, se ha entendido que en estos casos sólo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subven-

ciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros. Cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipifican en un nuevo precepto, el artículo 307 ter, que los castiga con una penalidad ajustada a la gravedad del hecho: prisión de seis meses a tres años en los supuestos ordinarios; multa del tanto al séxtuplo en los casos que no revistan especial gravedad; y prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo en los supuestos agravados. En todos los casos se prevé además la imposición al responsable de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido.

El artículo 307 ter, en el tratamiento específico que realiza de estas conductas fraudulentas, viene también a facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema con la consiguiente agravación de la pena”.

Con el nuevo artículo 307 ter las defraudaciones en prestaciones del Sistema de la Seguridad Social tienen un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones públicas. En mi tesis doctoral, *Los delitos contra la Seguridad Social*, ya defendí la necesidad de proteger penalmente la función de realización del gasto como sucedía y sucede, por otra parte, en materia de Hacienda Pública.

El artículo 307 ter encuentra sus antecedentes en el primer Proyecto de Código penal de la Democracia, el de 1980, y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983. Nadie pone en duda que el funcionamiento y

la eficacia del sistema de Seguridad Social es de importancia capital, sin embargo, la crisis económica, la inflación sostenida, el desempleo generalizado, el déficit de las finanzas públicas, etc., son algunas de las causas que han provocado la aparición de fuertes déficits en las finanzas de los sistemas de Seguridad Social. El gasto, pieza esencial dentro del sistema de la Seguridad Social, requiere severos controles para evitar abusos y disfunciones en los fines previstos.

Las conductas delictivas que encierra el nuevo artículo 307 ter son: 1) obtención de prestaciones del sistema de la Seguridad Social indebidas; 2) prolongación indebida del disfrute de dichas prestaciones y 3) facilitación a otros de la obtención de prestaciones indebidas por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos o la ocultación de hechos verdaderos, causando un perjuicio a la Administración Pública.

Ahora bien, prestaciones del sistema de la Seguridad Social sobre las que recae la acción delictiva son cuantas atiende la acción protectora del sistema y que enuncia con carácter general el artículo 38.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: asistencia sanitaria, recuperación profesional, incapacidad temporal, maternidad, paternidad, invalidez, desempleo, etc., de manera que el tipo no engloba solamente las prestaciones por razón de desempleo sino cualquier otra de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva y las mejoras voluntarias contempladas en el artículo 39 de la Ley General de la Seguridad Social.

El nuevo delito ciertamente no engloba solo las prestaciones por razón de desempleo, sin embargo, sí viene motivado principalmente, como reconoce el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, por la impunidad que generaba la obtención fraudulenta de la prestación del subsidio por desempleo, y que llevó al Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal

Supremo de 15 de febrero de 2002, a tomar el acuerdo de considerar que dicho fraude constituía una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del Código penal.

A pesar del Acuerdo adoptado el problema práctico residía en que la punición de estas conductas requería que el fraude excediese de 120.000 euros, lo que se antojaba harto difícil en esta materia y conducía, normalmente, a la impunidad. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2002, aplicando la doctrina mantenida por el Pleno no jurisdiccional, absolvió al acusado que se benefició irregularmente en la cuantía de dos millones doscientas noventa y siete mil setecientas pesetas, suma de dinero notoriamente inferior a la cantidad de diez millones de pesetas fijada entonces en el artículo 308 del Código penal –fraude de subvenciones–.

La acción típica consiste en obtener tales prestaciones por medio de error provocado mediante la simulación de hechos falsos o mediante la tergiversación u ocultación de hechos verdaderos. Acción que habrá que coordinar con lo dispuesto en el artículo 26.2 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, modificado en su redacción por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que tipifica con el mismo grado una solicitud indebida y el disfrute indebido de prestaciones, al establecer como infracción muy grave: Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente.

No deja de sorprender que frente a la incorporación del criterio de cuantías en el resto de delitos que integran el Título XIV, De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, del Libro II del Código penal, en la comisión del fraude en materia de

prestaciones del Sistema de la Seguridad Social no recurra el legislador a una cuantía mínima castigando el disfrute de prestaciones –desempleo, pensión, invalidez, etc.- desde el primer euro percibido ilegalmente con una pena que va desde la multa, cuando los hechos no revistan especial gravedad, hasta tres años de prisión. El legislador ha pasado de considerar delictivos estos fraudes cuando superaban la cuantía de 120.000 euros a considerarlos delictivos desde el primer euro concretando el desvalor de resultado en un parámetro tan inseguro como es la causación de un perjuicio para el patrimonio de la Seguridad Social, concepto jurídico indeterminado que rompe con la sistemática seguida en los restantes delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

El precepto contempla la imposición de las mismas penas privativas de derechos que el artículo 307. Llama la atención que no se haya previsto la pérdida de la posibilidad de obtener las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, cuya indemnidad constituye el bien jurídico que se trata de proteger, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social sí prevé la sanción de la pérdida temporal de tales prestaciones.

También en este caso se prevé un tipo agravado con el que se hace frente a las nuevas formas de organización delictiva dedicadas a estas actividades o propiciatorias de las mismas, empresas ficticias creadas con el único fin de obtener prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. En efecto, en su apartado 2 el artículo 307 ter prevé un tipo agravado en función del valor defraudado –superior a 50.000 euros- o cuando la defraudación se cometa en el seno de una organización o de un grupo criminal o cuando la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito,

la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

El apartado 3 del artículo 307 ter regula los requisitos necesarios para la exención de responsabilidad criminal y, a diferencia de lo que acontece con el delito contra la Hacienda Pública y con el de defraudación a la Seguridad Social, la restitución de las prestaciones opera como excusa absolutoria de modo que el delito se consuma con la obtención de las prestaciones indebidas. Para que la exención de responsabilidad penal pueda ser aplicable es necesario que se restituyan las cantidades percibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos.

Al igual que sucede con el resto de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, la exención de responsabilidad por restitución de las prestaciones alcanza a las falsedades documentales de carácter instrumental que el autor hubiera podido cometer.

En el apartado 4 se contempla la continuación del procedimiento administrativo para el cobro de la deuda pese a la incoación del proceso penal mientras que en el apartado 5 se contempla el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social para la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil. Para evitar la duplicidad de regulaciones idénticas y de preceptos descomunales el legislador podía haber hecho uso de la técnica de la remisión, como sí hace, por ejemplo, en el apartado 6 donde prevé la aplicación de la atenuante recogida en el artículo 307.5 del Código penal.

III. BIBLIOGRAFÍA

BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Granada, 2005.

BRANDARIZ GARCÍA, “La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 24, 2002/2003.

BOIX REIG/ MIRA BENAVENT, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2000

CHAZARRA QUINTO, *Delitos contra la Seguridad Social*, Valencia, 2002.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *Delitos contra la Seguridad Social*, Barcelona, 1991.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código penal de la democracia*, Madrid, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, “Sobre el difícil arte de legislar en materia penal”, en *La Ley* núm. 6150, 2004.

DE VICENTE MARTÍNEZ, “Descriminalización por interpretación: un paso hacia atrás en la protección penal del patrimonio del trabajador y de la Seguridad Social: (Algunas notas a la sentencia de la AP Sevilla de 13 de septiembre de 1996)”, en *La Ley* 1997-3.

DE VICENTE MARTÍNEZ, “El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social en el Proyecto de Ley Orgánica de 2012, por el que se modifica el Código Penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 853, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Barcelona, 2008.