

EL DELITO DE FRAUDE DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL: APLICACIÓN PRÁCTICA Y CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social: aplicación práctica y cuestiones problemáticas

La reforma del Código Penal de 2012 introdujo el delito del artículo 307 ter, tipificando *ex novo* el fraude de prestaciones de la Seguridad Social. En el presente artículo se analizarán los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este delito, la mayoría de los cuales han surgido entre los años 2017 y 2018. Asimismo, se abordarán ciertos aspectos del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social que se presentan como problemáticos en su futura aplicación práctica, como son el momento consumativo, la excusa absolutoria por regularización o la responsabilidad penal de la persona jurídica.

PALABRAS CLAVE

Fraude, Prestaciones de la Seguridad Social, Jurisprudencia, Persona jurídica, Regularización.

Criminal offence of Social Security benefits fraud: enforcement and problematic aspects

The amendment of the Spanish Criminal Code in 2012 introduced article 307 ter, providing a new classification of the crime of Social Security benefits fraud. The present article analyses court decisions regarding this criminal offence, most of which have been handed down between 2017 and 2018. In addition, it focuses on specific aspects of the criminal offence of Social Security benefits fraud which appear problematic regarding its future enforcement, such as the moment of the perpetration of the offence, regularisation and corporate criminal liability.

KEY WORDS

Fraud, Social Security benefits, Case law, Corporate criminal liability, Regularisation.

Fecha de recepción: 1-10-2018

Fecha de aceptación: 18-10-2018

1 · INTRODUCCIÓN

El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter del Código Penal (“CP”) se incardina en el título dedicado a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y fue introducido en el CP por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Con esta reforma se tipificó *ex novo* y de manera autónoma este tipo de defraudación a la Seguridad Social, que hasta ese momento se había reconducido por la jurisprudencia a los tipos de fraude de subvenciones (artículo 308 CP) y de estafa (artículo 248 CP), en función de la naturaleza de la prestación obtenida (prestación por desempleo, pensión de jubilación, pensión de viudedad, etc.).

El pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2002, acordó que el fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituía una conducta prevista en el delito de fraude de subvenciones del artículo 308 CP. Ello determinaba la sujeción de la tipicidad de estas conductas a una condición objetiva de punibilidad vinculada a la cuantía (que las prestaciones obtenidas superaran los 120.000 euros). El fundamento de esta tesis fue la extensión del concepto de ayudas o subvenciones públicas “a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades

públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público, finalidad ésta que indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral” (así lo explicaba la Sentencia del Tribunal Supremo [“STS”] n.º 435/2002, de 1 de marzo). Sin embargo, cuando de pensiones se trataba (jubilación, viudedad, orfandad, discapacidad, etc.), la Sala Segunda recondujo los supuestos de defraudación al delito de estafa del artículo 248 CP, por considerar que este tipo de prestaciones no encajaban dentro del concepto de “ayudas o subvenciones” (son exponente de ello, entre otras, las SSTs n.º 830/2003 de 9 de junio, n.º 915/2004, de 15 de julio, y n.º 636/2012, de 13 de julio).

En este contexto, fueron varias las razones que motivaron la introducción de un delito que tipificará de forma autónoma el fraude de prestaciones de la Seguridad Social. En primer lugar, se pretendía proporcionar un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones y ofrecer una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social (así lo recogía la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2012). En segundo lugar, se quería evitar el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que no superaban el límite de 120.000 euros establecido en el artículo 308 CP.

Finalmente, tal y como explica la STS n.º 146/2018, de 22 de marzo, el legislador quiso “*resolver ex lege los problemas concursales que, con anterioridad a la reforma de 2012, dividieron a la doctrina a la hora de resolver la relación concursal entre los delitos de estafa y fraude de subvenciones (...)*”.

En esta última sentencia, el Alto Tribunal ya aclaró que el artículo 307 ter CP constituye ley especial respecto del delito de estafa en las defraudaciones que afecten al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones (en el mismo sentido se pronunciaron las SSTS n.º 425/2017 de 13 de junio y n.º 42/2015 de 28 de enero).

A pesar de que el artículo 307 ter CP entró en vigor hace seis años, hasta la fecha son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales que lo han aplicado. En el presente trabajo se analizará el alcance de esta incipiente doctrina jurisprudencial. Asimismo, se expondrán ciertos aspectos de este delito, como son el momento consumativo, la excusa absolutoria por regularización o la responsabilidad penal de la persona jurídica, que se presentan como potencialmente problemáticos a futuro en la práctica forense.

2 · ELEMENTOS BÁSICOS DEL DELITO DE FRAUDE DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 307 ter CP tipifica el delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, castigando al que “*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*”.

Los elementos típicos de este delito son los siguientes: (i) la obtención, para sí o para otro, o el facilitar a otros su obtención (*acción típica*); (ii) el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social o su prolongación indebida (*modalidades típicas*); (iii) el error provocado mediante simulación o tergiversación de hechos u ocultación consciente de hechos de los que se tenía el deber de informar (*medios comisivos*); y (iv) el perjuicio causado con ello a la Administración Pública (*resultado*).

La principal novedad del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social es que el tipo básico (apartado primero del precepto) no exige cuan-

tía mínima para entenderse consumado, en comparación con el resto de delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, que sí requieren que el fraude supere importes significativos para ser penalmente relevante (120.000 euros en el caso del artículo 305 CP, 100.000 en el artículo 308 CP - tras la reforma de este artículo por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero -, y 50.000 euros en cuatro ejercicios en el artículo 307 CP). La pena prevista para el tipo básico es de seis meses a tres años de prisión. Sin embargo, el propio precepto prevé un subtipo atenuado para los supuestos que no revistan especial gravedad “*a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor*”, castigado únicamente con pena de multa del tanto al séxtuplo, lo que vendría a compensar en términos de proporcionalidad punitiva la inexistencia de una condición objetiva de punibilidad vinculada a la cuantía que permita diferenciar el delito de la infracción administrativa.

Estos criterios previstos por el precepto para apreciar la menor gravedad de la conducta (y poder aplicar así el subtipo atenuado) deberán ser interpretados por los jueces y tribunales atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Algunos de los primeros pronunciamientos judiciales en esta materia han aplicado ya el subtipo atenuado del artículo 307 ter en supuestos en los que los autores habían defraudado cuantías muy reducidas de la prestación por desempleo. Son ejemplos de ello la Sentencia de la Audiencia Provincial (“SAP”) de Asturias, Sección 3.ª, n.º 44/2015, de 30 de enero, que aplicó el subtipo atenuado en un caso en que el trabajador había defraudado 4.101,60 euros, y la SAP de Granada, Sección 1.ª, n.º 22/2018, de 26 de enero, que condenó a penas de multa a varios trabajadores que habían cobrado ilícitamente prestaciones por desempleo, ninguna de ellas superior a los 9.000 euros. En cambio, la SAP de Pontevedra, Sección 4.ª, n.º 24/2017, de 22 de febrero, entendió que una defraudación de 13.202,96 euros era merecedora de la pena de prisión prevista por el tipo básico del delito.

El único límite cuantitativo lo encontramos en el subtipo agravado del apartado segundo del artículo 307 ter, que prevé una pena de prisión de entre dos y seis años y multa del tanto al séxtuplo cuando el valor de las prestaciones obtenidas fuera superior a 50.000 euros.

La redacción del precepto permite que sean autores del delito no solo los beneficiarios de las prestacio-

nes, sino también los terceros (en general, los empleadores) que faciliten la obtención de estas prestaciones de forma fraudulenta. La consecuencia inmediata es que, en los casos de comisión del delito en el seno de una empresa por un trabajador que obtenga de forma ilícita alguna prestación de la Seguridad Social con ayuda del empresario (por ejemplo, en los casos de fraude de la prestación por desempleo), responderán como coautores (y no como autor y partícipe) el trabajador y el empresario. Como se verá más adelante, esta circunstancia de doble autoría generará incertidumbre sobre la posible extensión de la excusa absolutoria al trabajador en caso de regularización por el empresario, y viceversa.

3 · TIPOS DE FRAUDE SEGÚN LA MODALIDAD TÍPICA UTILIZADA

El fraude de prestaciones de la Seguridad Social admite dos modalidades típicas: por un lado, la obtención (o facilitación de esa obtención) por primera vez del disfrute de prestaciones de la Seguridad Social de forma ilícita —por ejemplo, de la prestación por desempleo o prestaciones por incapacidad— y, por otro lado, la prolongación indebida (o la facilitación de esa prolongación) del disfrute de una prestación de la Seguridad Social que en su día fue obtenida de forma lícita —por ejemplo, prolongar una pensión de viudedad a pesar de haber contraído nuevo matrimonio—. Los pronunciamientos judiciales a los que se hará referencia en este apartado se pueden clasificar entre los casos de fraude mediante la primera modalidad y los casos de fraude a través de la segunda.

3.1 · Obtención ilícita de prestaciones de la Seguridad Social

Dentro de los supuestos de obtención ilícita de prestaciones (o de facilitación de esa obtención), los más frecuentes en la jurisprudencia son los casos de fraude de la prestación por desempleo. Sin embargo, mediante esta modalidad típica también se pueden obtener otro tipo de prestaciones, como prestaciones por incapacidad laboral o pensiones de jubilación, o incluso otras menos comunes, como las prestaciones por actos terroristas. Como lo que se pretende es obtener una prestación de la Seguridad Social por primera vez, será habitual en estos casos que el medio comisivo que se utilice para provocar un error en la Administración Pública sea la simulación o la tergiversación de hechos.

Por ser los más abundantes en la jurisprudencia, conviene analizar los supuestos de fraude de la prestación por desempleo con cierto detenimiento. Aunque cada caso tiene sus particularidades, la gran mayoría de los que han llegado a los tribunales comparten una misma estructura delictiva: una empresa ficticia, sin actividad real, contrata a uno o varios trabajadores que no prestan ningún servicio para la sociedad, para posteriormente despedirlos de modo que puedan acceder al subsidio por desempleo. Se simula una relación laboral entre empleado y empleador, y su posterior extinción. Así, la SAP de Zaragoza, Sección 1.ª, n.º 128/2018, de 18 de mayo, aplicó este delito en el siguiente caso: el autor principal constituyó y actuó como administrador de una sociedad mercantil sin actividad a través de la cual, previo pago de una cuantía acordada, suscribía contratos de trabajo simulados con diversas personas que posteriormente se daban de alta en la Seguridad Social; tras cesar en esa inexistente relación laboral, esos falsos empleados obtenían subsidios por desempleo.

Conociendo hechos prácticamente idénticos, también resultaron condenatorias por el delito del artículo 307 ter CP las siguientes sentencias: SAP de Barcelona, Sección 7.ª, n.º 115/2018, de 7 de febrero; SAP de Granada, Sección 1.ª, n.º 22/2018, de 26 de enero; SAP de Barcelona, Sección 9.ª, n.º 943/2016, de 7 de diciembre, y SAP de Asturias, Sección 3.ª, n.º 44/2015, de 30 de enero. Por su parte, la SAP de Zaragoza, Sección 6.ª, n.º 71/2018, de 12 de marzo, condenó por este delito a un matrimonio que había suscrito un contrato simulado de empleada de hogar, en el que constaba como tal la esposa, para posteriormente proceder a un cese ficticio de la relación laboral y obtener una prestación por desempleo.

La práctica totalidad de las sentencias condenatorias por este tipo de fraude dictadas hasta la fecha se refieren a supuestos en los que la empresa se creó *ad hoc* para defraudar a la Seguridad Social y, por tanto, ni tenía actividad real ni los falsos trabajadores prestaron servicios realmente. Sin embargo, también se puede cometer este delito en el seno de una empresa con actividad real y lícita en el tráfico, en relación con trabajadores que sí hayan prestado servicios, si lo que se simula es el despido (escondiendo lo que en realidad es un cese voluntario del trabajador) con el fin de obtener indebidamente el subsidio por desempleo (lo que comúnmente se conoce como “arreglar el paro”).

Como se advertía, no todos los casos de obtención

ilícita del disfrute de una prestación de la Seguridad Social se refieren a supuestos de fraude de la prestación por desempleo. En este sentido, la STS n.º 146/2018, de 22 de marzo, condena por un delito de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social en un caso de fraude de una prestación por incapacidad laboral. El acusado, para acreditar una incapacidad por padecimientos físicos que en realidad nunca existieron, se dio de alta a sí mismo como único trabajador de una asociación ficticia sin actividad alguna y presentó distintas solicitudes de reconocimiento de la prestación, junto con partes de baja médica falsos, simulando incluso la existencia de un representante de la asociación.

Cuando la prestación de la Seguridad Social (sea por desempleo o cualquier otra relacionada con el ámbito laboral) se obtenga gracias a la ayuda del empresario, responderán por el delito del artículo 307 ter CP, en calidad de coautores, tanto el empresario como el trabajador beneficiado. Veamos algunos ejemplos (todos ellos en casos de fraude de la prestación por desempleo):

- SAP de Zaragoza, Sección 1.ª, n.º 128/2018, de 18 de mayo: condena al empresario por un delito continuado de falsedad en documento oficial (artículo 392 en relación con el artículo 390.1 CP), en concurso medial con un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, y al trabajador únicamente por este último delito.
- SAP de Zaragoza, Sección 6.ª, n.º 71/2018, de 12 de marzo: condena al empresario y al trabajador por un delito continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social.
- SAP de Barcelona, Sección 7.ª, n.º 115/2018, de 7 de febrero: condena al empresario y al trabajador por un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social.
- SAP de Granada, Sección 1.ª, n.º 22/2018, de 26 de enero (sentencia de conformidad): condena al empresario por delito de falsedad en documento oficial en concurso ideal con un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social y a los falsos trabajadores solo por este último delito.
- SAP de Asturias, Sección 3.ª, n.º 44/2015, de 30 de enero: condena al empresario y al traba-

jador por un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social.

Esta estructura de coautoría conduce a analizar dos cuestiones: (i) la regularización cuando el delito se ha cometido en régimen de coautoría y, en particular, si la regularización realizada por uno de los autores se extiende al otro coautor (será objeto de análisis en el apartado 7), y (ii) la responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión en su seno de un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, en virtud del artículo 310 bis CP (tal y como se verá en el apartado 6, esta responsabilidad solo surgirá si concurren los requisitos del artículo 31 bis CP).

3.2 · Prolongación indebida del disfrute de prestaciones de la Seguridad Social obtenidas de forma lícita

En este caso, la conducta típica no se lleva a cabo cuando se obtiene la prestación por primera vez, sino cuando, tras haber desaparecido las condiciones que justificaban el disfrute de esa prestación, se provoca un error en la Administración Pública para seguir percibiéndola.

Algunos casos analizados por la jurisprudencia que encajan en esta modalidad típica son los siguientes:

- SAP de Córdoba, Sección 2.ª, n.º 243/2018, de 11 de junio: condena por un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social (subtipo agravado) a una mujer que ocultó el fallecimiento de su madre —que cobraba una pensión de viudedad— y fue percibiendo el importe mensual de la pensión en una cuenta que compartía con la fallecida.
- SAP de A Coruña, Sección 1.ª, n.º 200/2018, de 11 de abril: condena por un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial a la esposa, hija y yerno de una persona a quien le fueron reconocidas y otorgadas una serie de prestaciones por discapacidad, por ocultar a la Administración el fallecimiento del preceptor de esas ayudas y seguir percibiéndolas tras su muerte.
- SAP de Pontevedra, Sección 4.ª, n.º 24/2017, de 22 de febrero: condena por un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social a quien venía percibiendo las prestaciones contributivas y asistenciales vinculadas a su residencia en

España y ocultó que había trasladado su domicilio al Reino Unido, donde había encontrado un trabajo.

- SAP de Zaragoza, Sección 3.^a, n.º 427/2016, de 9 de septiembre: condena por un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social a una mujer que siguió percibiendo una pensión de viudedad por un matrimonio anterior y ocultó a la Seguridad Social que había contraído nuevo matrimonio canónico, pues no inscribió dicha unión en el Registro Civil.

Estos supuestos se refieren a fraudes de prestaciones ajenas al ámbito de las relaciones laborales (por discapacidad, viudedad, etc.) y, en general, el medio comisivo para provocar el error en la Administración Pública es la ocultación consciente de hechos de los que el beneficiario tenía el deber de informar (el fallecimiento de un familiar, el traslado a otro país o un nuevo matrimonio).

Al analizar estas resoluciones se observa que, con frecuencia, las defensas alegan error de prohibición, aunque hasta la fecha esta estrategia no ha tenido ningún éxito en la práctica (en este sentido, las citadas SAP de Pontevedra, Sección 4.^a, n.º 24/2017, de 22 de febrero, y SAP de Zaragoza, Sección 3.^a, n.º 427/2016, de 9 de septiembre).

4 · CONCURSO MEDIAL CON EL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL

Como se ha visto, es habitual que la simulación o tergiversación de hechos propia del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social se ejecute por medio de conductas que, a su vez, constituyen falsedades documentales (del artículo 392 en relación con el artículo 390.1 CP). También en los supuestos de ocultación de hechos se puede producir algún tipo de falsedad documental que permita mantener una determinada situación oculta al conocimiento de la Administración Pública (por ejemplo, el fallecimiento de un familiar).

El Tribunal Supremo, en su Sentencia n.º 146/2018, de 22 de marzo, analizó la relación concursal entre estos dos delitos y entendió que, aunque el tipo del artículo 307 ter CP describe una estrategia falsaria, ello no implica que necesariamente se cometa un delito de falsedad documental en todos los casos. Según afirma el Alto Tribunal, en aquellos supuestos en los que el autor se limita a faltar a la verdad en la narración de los hechos que actúan como presupuestos habilitantes del

cobro de la prestación fraudulenta (falsedad ideológica), el desvalor de la conducta estaría abarcado en su integridad por el artículo 307 ter CP y operaría la regla de absorción prevista en el artículo 8.3 CP. En el caso concreto que se estaba analizando, el Tribunal consideró que sí concurría un delito de falsedad en documento oficial en concurso medial con el delito de fraude de prestaciones (véase el supuesto de hecho en el apartado 3.1 anterior).

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha entendido que el concurso de delitos entre la falsedad documental y el fraude de prestaciones de la Seguridad Social debe ser medial. Un ejemplo lo encontramos en la citada SAP de Zaragoza, Sección 1.^a, n.º 128/2018, de 18 mayo, que condena al empresario por un delito continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social porque constituyó una empresa que no realizaba actividad alguna y dio de alta en la Seguridad Social como trabajadores a varias personas que le facilitaban sus datos personales para crear contratos de trabajo y simular la existencia de una relación laboral. A los trabajadores se les condena en conformidad únicamente por un delito del artículo 307 ter CP porque solo facilitaron sus datos para obtener una prestación de la Seguridad Social.

También aplican la solución del concurso medial en supuestos de fraude de la prestación por desempleo las siguientes sentencias: SAP de Granada, Sección 1.^a, n.º 22/2018, de 26 de enero; SAP de Barcelona, Sección 7.^a, n.º 115/2018, de 7 de febrero; SAP de Zaragoza, Sección 6.^a, n.º 71/2018, de 12 de marzo; y SAP de Barcelona, Sección 9.^a, n.º 2016, de 7 de diciembre.

La SAP de A Coruña, Sección 1.^a, n.º 200/2018, de 11 de abril, condena a varias personas por delito de falsedad documental en concurso medial con el delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, pero esta vez en un caso de fraude por prolongación indebida del disfrute de prestaciones de la Seguridad Social. Los acusados, para ocultar el fallecimiento del familiar preceptor de prestaciones por discapacidad y seguir percibiéndolas tras su muerte, presentaron a la Administración Pública, en varias ocasiones, impresos oficiales en los que constaba información económica y personal del fallecido, simulando la firma de este, para renovar las ayudas y actualizar su importe. También confeccionaron documentos de fe de vida y estado aparentemente expedidos por el Registro Civil para acreditar la supervivencia del beneficiario de las prestaciones.

5 · CONSUMACIÓN DEL DELITO

El momento de consumación de este delito y, por tanto, el momento a partir del cual empieza a computar su plazo de prescripción (de cinco años en su modalidad básica y de diez años en el subtipo agravado) es una cuestión controvertida.

El resultado típico del delito del artículo 307 ter CP (el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social) se prolonga en el tiempo, pues las prestaciones de la Seguridad Social se satisfacen mensualmente y no mediante un único pago. Por ello, la eventual consumación puede plantearse en tres momentos diferenciados: (i) cuando se concede la prestación, (ii) cuando se cobra la primera mensualidad o (iii) cuando cesa la percepción de la prestación; aunque en la modalidad típica de prolongación indebida del disfrute de prestaciones de la Seguridad Social (en que la prestación se obtiene de forma lícita) únicamente se pueden sostener las tesis (ii) - esto es, cuando se cobra la primera mensualidad de forma ilícita - y (iii).

Entre los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el artículo 307 ter CP no existen resoluciones que analicen cuál es el momento en que se debe considerar consumado el delito. La doctrina, por su parte, sostiene tesis contrapuestas:

- (i) Algunos autores (como Alcalé Sánchez, González Agudelo o Herranz Sauri) consideran que el delito se consuma cuando se obtiene la resolución administrativa de concesión de la prestación, que es la que otorga el derecho a su disfrute, siendo ese el momento de comienzo del cómputo del plazo de prescripción.

Esta es la solución que adoptó la SAP de Córdoba, Sección 3.ª, n.º 114/2006, de 15 mayo en relación con el delito de fraude de subvenciones del artículo 308 CP en su modalidad de obtención fraudulenta de una subvención (que era donde se incardinaba la obtención ilícita del subsistido por desempleo antes de la entrada en vigor del artículo 307 ter CP). Recordaba la citada sentencia que *“el momento consumativo en este tipo de delitos no es cuestión pacífica en la doctrina y en la práctica de los tribunales, pudiendo encontrarse resoluciones que entienden que el delito se consuma con el falseamiento de las condiciones que dan lugar a la solicitud, y otras que sostienen que se consuma con el cobro de la subvención”*. Con base en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que separa conceptual y crono-

lógicamente los momentos de concesión y pago de las subvenciones y subordina el pago a la previa realización de la actividad subvencionada, la Sala diferenció el momento consumativo de cada una de las dos modalidades típicas del fraude de subvenciones. Así, consideró que la modalidad de obtención fraudulenta de la subvención por medio de actuaciones falsarias se consuma *“con el acto administrativo de otorgamiento de la concesión de la subvención”*, sin que se requiera la disposición efectiva de los fondos.

- (ii) Ante la exigencia típica de que se produzca un perjuicio patrimonial efectivo, otros autores (como Ferré Olivé o Bustos Rubio) consideran que este delito solo puede consumarse cuando se produzca efectivamente el daño patrimonial, es decir, cuando se obtenga la prestación a través de su entrega física. Según esta tesis, el plazo de prescripción empezaría a correr en el momento en que se hubiese cobrado la primera mensualidad de la prestación.
- (iii) La tercera posibilidad es considerar que el delito solo se habrá consumado cuando se deje de cobrar la prestación (en el caso de la prestación por desempleo, por ejemplo, cuando se haya cobrado la última mensualidad), por tratarse de un delito permanente. Un delito permanente es aquel que, *“no obstante haberse consumado en un momento determinado, crea un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de tal manera que el delito sigue cometiéndose en cuanto no se ponga término al estado delictivo así creado, teniendo la posibilidad de hacerlo”* (STS n.º 255/2016, de 31 de marzo). De acuerdo con el artículo 132.1 CP, en los delitos permanentes el plazo de prescripción se computará desde el día que se eliminó la situación ilícita.

Existe jurisprudencia que considera permanentes algunos delitos con estructuras análogas a la del artículo 307 ter CP (en concreto, el delito de exacciones ilegales y el delito de defraudación de fluido eléctrico), entendiendo que el plazo de prescripción de estos delitos no empieza a contar hasta que se elimina la situación ilícita. Así, la STS n.º 255/2016, de 31 de marzo, califica como delito permanente el delito de exacciones ilegales del artículo 437 CP, que consiste en que una autoridad o funcionario público exija derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada. Por su parte, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales

ha considerado como delito permanente el delito de defraudación de fluido eléctrico del artículo 255 CP, que se comete valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación, alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores o empleando cualesquiera otros medios clandestinos (véanse en este sentido las SSAP de Guipúzcoa n.º 3/2017, de 13 de enero; de Cáceres n.º 269/2016, de 9 de septiembre; de Burgos n.º 53/2016, de 18 de febrero; y de Murcia n.º 17/2000, de 24 de enero).

Esta jurisprudencia podría aplicarse también para el delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, considerándolo un delito permanente, pues, aunque la conducta del sujeto activo se produce en un momento determinado (mediante la obtención o facilitación de la obtención de una prestación), crea un estado delictivo que se extiende en el tiempo (el beneficiario de la prestación va recibiendo pagos ilícitos con periodicidad), de manera que el delito se seguiría cometiendo hasta que el sujeto cesase en su actuación delictiva (ya sea voluntariamente, por cese del periodo de prestación o por intervención de la Administración).

La SAP de Barcelona, Sección 9.ª, n.º 943/2016, de 7 de diciembre, aunque no analiza con profundidad esta cuestión, permite discernir algún elemento de la interpretación de los tribunales sobre el momento de perfeccionamiento del delito. En el caso concreto, el trabajador acusado simuló haber trabajado para una empresa sin actividad alguna y consiguió cobrar indebidamente una prestación mensual por desempleo desde el 16/4/2011 (cuando todavía no había entrado en vigor el delito del artículo 307 ter) hasta el 15/3/2013 (cuando ya había entrado en vigor). A la vista de las fechas en que el acusado estuvo percibiendo la prestación, el Tribunal se planteó si debía aplicar el delito de estafa o el delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social. El Ministerio Fiscal solicitaba la aplicación del artículo 307 ter CP, por considerar que los hechos se habían consumado el 15/3/2013 (esto es, cuando se dejó de percibir la prestación por desempleo) y, por ende, bajo el imperio de la nueva legislación. El Tribunal estimó la tesis del Fiscal y condenó por el artículo 307 ter CP, aunque limitó la responsabilidad civil a las cantidades defraudadas a partir del 17/1/2013, momento de entrada en vigor del nuevo delito.

En cualquier caso, hasta que los jueces y tribunales no se detengan a analizar esta cuestión más en profundidad, es difícil aventurar cuál va a ser finalmen-

te la tesis predominante, pues todas ellas se pueden sostener con argumentos de cierta solvencia.

6 · RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Las personas jurídicas pueden responder penalmente por la comisión en su seno de un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social en virtud del artículo 310 bis CP, en relación con el artículo 31 bis CP.

Sin embargo, las sentencias condenatorias por este delito (en su modalidad de fraude de la prestación por desempleo) que existen hasta la fecha no entran a analizar la posible responsabilidad penal de la empresa para la que supuestamente prestaba servicios el beneficiario de la prestación. En todas ellas se condena al administrador o al representante de la empresa que facilitó al trabajador la obtención de las prestaciones de forma fraudulenta, pero no se condena a la persona jurídica.

Ello se debe a que, en la gran mayoría de esos casos, las empresas eran ficticias, creadas *ad hoc* para simular una relación laboral con el trabajador que posteriormente obtendría las prestaciones, y no tenían ningún tipo de organización ni actividad. Según los criterios recogidos en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (“FGE”) sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (que fueron asumidos por el Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 154/2016, de 29 de febrero), estas personas jurídicas son inimputables, pues se trata de sociedades meramente instrumentales o “pantalla”. Según afirma la Circular, citando un auto del Alto Tribunal de 19 de mayo de 2014, tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “*carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos*”.

Sin perjuicio de lo anterior, el fraude de prestaciones de la Seguridad Social también se puede cometer en el seno de una sociedad que opere con normalidad en el mercado (esto es, una persona jurídica penalmente imputable). Por ejemplo, cuando la empresa, de común acuerdo con un trabajador, simule su despido (escondiendo lo que en realidad es un cese voluntario de su actividad laboral) para que tenga derecho a cobrar la prestación por desempleo.

En estos casos, se deberá analizar si se dan los requisitos del artículo 31 bis CP para que la persona jurídica responda penalmente por el delito cometido por sus representantes o administradores. La complejidad estará en determinar si el delito se ha cometido en beneficio directo o indirecto de la sociedad.

Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en que un representante de la empresa con facultades para adoptar medidas disciplinarias simule el despido de un trabajador (que en realidad se marcha voluntariamente) para que este tenga derecho a la prestación por desempleo. La empresa no pensaba despedir al trabajador, por lo que, en principio, no obtiene ningún beneficio de la simulación del despido. Si el administrador o representante de la sociedad pacta con el trabajador que este le entregará una parte de la futura prestación por desempleo, la empresa tampoco habrá obtenido ningún beneficio (solo se habrán beneficiado el representante y el trabajador). La empresa solo responderá por el delito del artículo 307 ter CP en estos casos cuando se pueda demostrar que se ha visto beneficiada directa o indirectamente por haber facilitado que el trabajador obtenga la prestación (sea del tipo que sea).

7 · EXCUSA ABSOLUTORIA POR REGULARIZACIÓN

El apartado 3 del artículo 307 ter CP contiene una excusa absolutoria que permite la exención de responsabilidad penal tanto de las personas físicas como de las jurídicas, siempre y cuando se regularice la situación prestacional antes de que la Autoridad laboral o de la Seguridad Social notifique el inicio de actuaciones de inspección y control, o antes de que se inicie un procedimiento penal por esos hechos (esto es, la regularización debe ser espontánea). La regularización exige, para su plena eficacia, el reintegro de una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida junto con el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos porcentuales, a computar desde el momento en que se percibieron las prestaciones.

Como este delito entra en concurso con el delito de falsedad documental de forma frecuente, el mismo apartado 3 prevé que la exención de responsabilidad penal prevista alcanzará igualmente a las posibles falsedades instrumentales que, en relación con las prestaciones defraudadas, pudieran haberse cometido.

Se ha visto anteriormente que, cuando un trabajador obtenga algún tipo de prestación de la Seguri-

dad Social gracias a la actuación del empresario, responderán por la comisión del delito del artículo 307 ter CP el empresario y el trabajador en régimen de coautoría (pues no solo comete el delito quien obtiene la prestación, sino también quien facilita su obtención). En estos supuestos de coautoría surgen algunas dificultades a la hora de regularizar y verse exonerado de responsabilidad penal. En concreto, se plantean las siguientes cuestiones: (i) quién debe regularizar (el trabajador, el empresario o ambos de forma conjunta) y (ii) si la regularización por uno de los coautores se extiende al otro, eximiéndole igualmente de responsabilidad penal.

Hasta la fecha no existe jurisprudencia que ayude a resolver estas cuestiones concretas en relación con el delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, la Consulta de la FGE 4/1997, de 19 de febrero, estableció las pautas para la extensión de los efectos exoneratorios de la regularización del artículo 305.4 CP (en su redacción previa a la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, antes de que pasara a ser una causa de atipicidad) llevada a cabo por el obligado tributario a los partícipes en el delito fiscal.

Aunque se refiera a la extensión de la regularización a los partícipes del delito, y no a los coautores, los criterios que se establecen pueden servir de guía en materia de regularización del fraude de prestaciones de la Seguridad Social. De acuerdo con la mencionada Consulta:

- (i) Cuando el partícipe haya cooperado de alguna forma en la regularización, se verá favorecido por la exención de responsabilidad. En cambio, si el partícipe intentara impedir que se regularice, no le será aplicable a aquel la excusa absolutoria.
- (ii) Cuando el deudor tributario sea una persona jurídica y se hubiera condenado por delito fiscal a alguna persona física responsable de aquella, el autor del delito se verá favorecido por la excusa absolutoria cuando actúe en la regularización en representación de la persona jurídica.
- (iii) Cuando el partícipe no se oponga a la regularización, pero la conozca una vez que ya se haya efectuado, se deberán examinar las circunstancias del hecho concreto para valorar si la conducta del partícipe merece ser amparada por la excusa absolutoria o si se le pudiera aplicar una atenuante analógica a la de reparación del daño.

Como consecuencia de la estructura de coautoría del delito del artículo 307 ter CP y de la potencial responsabilidad penal de la persona jurídica, se plantea un complejo universo de casos de extensión a los coautores de la excusa absoluta por regularización, que supera los supuestos de aplicación en los que estaba enfocada la Consulta de la FGE. Sin ánimo de exhaustividad, podrían darse los siguientes supuestos de hecho: (i) regularización a cargo del empresario persona física sin la colaboración del trabajador beneficiado; (ii) regularización a cargo del trabajador beneficiado sin la colaboración del empresario persona física; (iii) regularización a cargo del empresario persona jurídica con impulso o colaboración de su administrador o representante persona física, pero sin la colaboración del trabajador beneficiado; o (iv) regularización a cargo del empresario persona jurídica sin el impulso o colaboración del administrador o representante persona física autor del delito ni del trabajador beneficiado (en un supuesto en que ni el administrador o representante ni el trabajador beneficiado siguieran en la empresa cuando la persona jurídica se planteara la regularización).

Es evidente que la estructura de coautoría comparada entre trabajador y empresario que surge en el delito del artículo 307 ter CP dificulta la aplicación por analogía de las reglas de extensión a los partícipes de los efectos de la regularización previstas para la anterior redacción típica del delito fiscal. Por ello, si se mantiene la redacción de este precepto, habrá que esperar a que los tribunales, o al menos la Fiscalía General del Estado, se pronuncien sobre esta cuestión.

MARTA BARCELÓ MOYANO*

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María y GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria: “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (coord.): *Lecciones y materias para el estudio del Derecho Penal, Tomo IV, Derecho Penal Parte Especial (Derecho Penal Económico)*, Madrid: Iustel, 2016, págs. 258 y ss.

ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel: “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en MORALES GARCÍA, Oscar (dir.): *Código Penal con Jurisprudencia*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, págs. 1022-1073.

BUSTOS RUBIO, Miguel: “La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal», *Revista Penal*, 35, 2015, págs. 24-44.

CÁMARA ARROYO, Sergio: “Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter CP)”, *Revista Penal*, 41, 2018, págs. 47-72.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

HERRANZ SAURÍ, Tomás: “El nuevo delito del artículo 307 del Código Penal”, *Jornada de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos, Centro de Estudios Jurídicos, 20 y 21 junio 2013*. Consulta en la web del CEJ o en la de la FGE (fiscal.es).

MORALES PRATS, Fermín: “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, Cizur Menor: Aranzadi, 2016, págs. 539-681.

* Abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona).