

Fraude a la Seguridad Social por elusión de pago de cuotas en la doctrina judicial.

Sentencia 657/2017 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, de 05.10.2017

Social security fraud by tax avoidance in judicial doctrine.
Judgment 657/2017 of the Supreme Court, Second Criminal
Chamber, of 5th October 2017

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

DIEGO MOZA MARTÍNEZ

PROFESOR AYUDANTE DOCTOR

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

Resumen

El esencial papel de la doctrina judicial en la interpretación de los preceptos penales, se hace especialmente relevante tras las numerosas reformas legislativas introducidas en los últimos años en el Código penal español. El fraude a la Seguridad Social, modificado por la LO 7/2012, es un buen ejemplo de ello. En este trabajo se analiza una de las últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre el artículo 307 que resulta de especial importancia puesto que, además de examinar cuestiones como la acción típica y el sujeto responsable, profundiza en la cuestión de la ley penal aplicable en los supuestos de fraude cometido antes y después de la reforma.

Abstract

The main role of judicial doctrine in the interpretation of criminal provisions becomes especially relevant after the many legislative reforms applied to the Spanish Criminal Code in recent years. The social security fraud, modified by the Organic Law 7/2012, is a good example of this fact. This research analyses one of the latest judgments of the Supreme Court about Article 307, which is particularly important as, apart from analysing matters such as *actus reus* or person responsible, it goes deeply into the matter of criminal law applicable in the event of fraud committed before and after the reform.

Palabras clave

fraude; Seguridad Social; artículo 307; ley penal aplicable

Keywords

Fraud; social security; Article 307; criminal law applicable

1. INTRODUCCIÓN

No es necesario ponderar, porque no se pondera lo obvio, la relevancia que para la interpretación de la ley penal tiene la doctrina judicial: en un ámbito de absoluta vigencia del principio de legalidad, el juzgador, tanto como el estudioso, tiene limitado su ámbito de autonomía interpretativa por la dicción literal de la norma. Pero los contenidos y alcance de la norma penal no se presentan con la simplicidad pretendida por el inicial impulso codificador.

Hoy no se puede pretender, con MONTESQUIEU, que el juez penal sea la boca por la que habla la ley. En efecto, a los elementos típicos puramente descriptivos –“*los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos*”¹– que tradicionalmente han servido para criminalizar las conductas de matar, violar o calumniar, los Códigos penales actuales añaden otros, de naturaleza normativa, presentes expresamente en el tipo penal o, al menos, en la ley penal, pero también dispersos en otras normas, de distinto rango: Derecho supranacional, leyes, reglamentos o, incluso, Derecho paccionado. En otras ocasiones, la comprensión de la ley solo es científicamente posible a partir de la interpretación histórica o de la teleológico-funcional.

Decidir en estos casos qué conductas son las castigadas por la ley penal –por la letra de la ley penal, que otra cosa no permitiría el principio de legalidad– requiere del juzgador el apoyo, imprescindible, en los criterios elaborados por la doctrina judicial. De ahí la necesidad de acercarse al estudio de las resoluciones judiciales, necesidad acrecida cuando se trata de preceptos nuevos o de nueva redacción.

Todos estos elementos concurren en los delitos contra la Seguridad Social, cuya formulación actual proviene de la *LO 7/2012 por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*.

Las tipologías incorporadas a los artículos 307 a 307 *ter*, han sido, en efecto, objeto de nueva creación o de remodelación. Pero, además, responden, en lo sistemático, a la tendencia imperante en el ordenamiento español de llevar al Código común, y no a leyes especiales, toda la materia penal. Esta opción permite mantener la centralidad del Código, lo que ofrece la ventaja –no trivial– de someter la normativa penal a principios comunes. Sin embargo, la deseable integración de estos artículos en el Código no es tan completa como se podría esperar de un modelo legislativo centripeto. Se trata, en efecto, de preceptos que no se incorporaron al Código en el curso de un debate parlamentario sistemático: no en el seno de la gran reforma penal introducida por la LO 1/2015, sino, antes, por la LO 7/2012, a pesar de que la discusión de los proyectos que dieron lugar a ambas leyes fuera inicialmente simultánea. Se diría que el legislador español –tal como hiciera también con la LO 6/1995 que modificó ciertos delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social al margen de la discusión del Código Penal de nueva planta aprobado por la LO 10/1995–, se obstina en dar a estos delitos una respuesta específica y autónoma, al margen de los principios y objetivos del conjunto del sistema penal: más en concreto, mientras el Código Penal se orienta por una lógica preventiva, los fraudes a la Seguridad Social responden a la lógica recaudatoria propia de las leyes tributarias². Conviene no olvidar que la LO 7/2012 fue aprobada en el marco del Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social impulsado por el Gobierno en el año 2012.

La “excepcionalidad” de la orientación político-criminal propia de los artículos 307, 307 *bis*, 307 *ter*, 308 *bis* y 310 *bis*, hace imprescindible el recurso a la doctrina judicial por

¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 240.

² DOLZ LAGO, M.J., “Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2014 (38), pp. 114-115.

parte del estudioso de estos preceptos. Que, además, incorporan otros elementos a esa “excepcionalidad”.

En efecto, los autores de fraudes a la Seguridad Social presentan dos perfiles criminológicos muy diferentes. El primero es el propio del menesteroso que accede a una prestación asistencial de subsistencia, a la que, sin embargo, no tiene derecho. En la práctica, una extendida forma de infracción, aunque con lesividad de bagatela, es la de percibir prestaciones por desempleo o invalidez, simultaneándolas con la realización de un trabajo irregular remunerado. El segundo perfil viene representado por el comportamiento de un sujeto que, con capacidad de decisión en el ámbito empresarial, responde a los perfiles del *occupational crime*, y que, utilizando la estructura corporativa, despliega la capacidad lesiva propia de los delitos contra el orden socioeconómico. Tanto es así que el trabajo sumergido resultado de políticas empresariales infraccionales, constituye el grueso de las defraudaciones a la Seguridad Social: según el *Informe Anual 2015 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, la infracción más importante en la materia es la no afiliación por la patronal de sus trabajadores, cuyo número multiplica por ocho al de trabajadores que disfrutaron indebidamente pensiones o prestaciones por desempleo³.

Frente a esta criminalidad de perfiles –al menos, dos– tan distintos, el legislador español de 2012, se ha decantado, por una respuesta penal doble pero discriminante, en la que conviven la tolerancia cómplice para con ciertos delincuentes –hasta el punto de que esta parcela de nuestro ordenamiento punitivo ha sido calificada, con razón, como “*Derecho Penal del amigo*”⁴, y el rigor exacerbado frente a otros. Así, el tenor literal del art. 307 del Código Penal consagra el retraimiento de la intervención penal –reducción de conductas típicas y de penas, condiciones objetivas de punibilidad, causas de atipicidad *a posteriori* (!), atenuaciones específicas con alcance excarcelatorio, etc.–, mientras que el 307 *ter* responde a patrones de acentuado punitivismo –criminalización de la bagatela, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias más exigentes que las reguladas en otros preceptos, etc.⁵

Remisión –obligada– a la legislación propia del sistema de Seguridad Social, causas de atipicidad específicas, reglas de atenuación intensificada respecto a las generales del art. 66, condición objetiva de punibilidad presente en alguno de los tipos, pero no en todos, ampliación del ámbito de la autoría por encima de los límites del art. 28, especialidades en la ejecución de la pena, etc., son elementos que dotan a los fraudes a la Seguridad Social de perfiles propios, en cuya concreción la labor judicial no puede limitarse a leer lo inmediatamente “*aprehensible por los sentidos*”, sino a construir una dogmática aplicativa científicamente fundada y político-criminalmente coherente.

³ TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales*, Bomarzo, 2017, pp. 163-164.

⁴ VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Derecho penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, 2013 (32), pp. 269-295.

⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales*, cit., p. 164.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 657/2017, DE 5 DE OCTUBRE

En ese marco, el recurso a la jurisprudencia es, como se ha dicho, imprescindible. Como imprescindibles son las escasas resoluciones en que el Tribunal Supremo ha venido construyendo, sobre casos examinados a la luz de la legalidad proveniente de la LO 7/2012, la doctrina judicial en la materia. Entre ellas, la Sentencia nº 657/2017, de la Sala 2ª, de 5 de octubre, con ponencia de Andrés Palomo del Arco, en adelante STS 657/2017 (<http://vlex.com/vid/695333277>).

La Sala de lo Penal examina en casación, y confirma, una sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Zaragoza, fundamentada en los siguientes antecedentes de hecho: la sociedad mercantil “Franquicias S., S.L.” generó, desde 2004 hasta marzo de 2015, una deuda para con la Seguridad Social, de 1.190.305,24 €; la deuda de “B.C., S.L.”, constituida en 2006, ascendía a 222.554,20 €; la de “URB, S.L.”, desde agosto de 2013 a abril de 2014, fue de 302.033,57 €; y la de “A., S.L.”, constituida en 1997 y administrada desde 12.01.2012 por un trabajador que hizo las veces de testaferro (Abelardo), de 3.938,96 euros. *“De todas las citadas empresas el acusado don Serafin era socio único o mayoritario de ellas, siendo el que tomaba las decisiones respecto a sus ingresos y gastos... El acusado en su condición de propietario, único o mayoritario de las citadas empresas y administrador de la mayoría de ellas era conocedor de las citadas deudas con la Seguridad Social y conscientemente dejó de abonarlas, organizando para ello una sucesión de empresas y una confusión patrimonial, presentando a los Organos de la Seguridad Social documentos de cotización con ocultación y alteración de datos contables obstruyendo la labor de Inspección de dicho organismo”*.

La Audiencia Provincial de Zaragoza condenó al acusado Serafin *“como autor de un delito continuado de fraude a la Seguridad Social... sin la concurrencia de circunstancias modificativas..., a la pena de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación del art. 56 del Código Penal y multa de 800.000 euros con arresto sustitutorio en caso de impago de 6 meses, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho de gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante cuatro años”*. Igualmente se condenó al acusado a indemnizar a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad de 481.113,51 €, de la que responden solidariamente las mencionadas sociedades mercantiles.

3. DOCTRINA JUDICIAL

3.1. Comportamiento defraudatorio

El art. 307 del Código Penal castiga, esencialmente, una conducta defraudatoria: *“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...”*.

El concepto de defraudación empleado por el legislador ha de entenderse como descripción fáctica (STS, Sala 2ª, 95/2002, de 1 de febrero), que, exime al intérprete de la tarea de indagar sobre concepciones normativas de origen legal o jurisprudencial.

No basta, empero, con que la acción se dirija, probadamente, a burlar al sistema de SS. Lo defraudatorio ha de detectarse también en el plano objetivo. Como ha aclarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, coincidente en este punto con la vertida sobre el delito fiscal, defraudar no equivale a la causación de un perjuicio, ni siquiera si se provoca con ánimo defraudador: es necesario causar ese resultado “*mediante una acción u omisión precisamente defraudatoria*” (STS, Sala 2ª, 799/2017, de 11 de diciembre).

Así, para satisfacer el nivel de desvalor propio, incluso en el lenguaje de la calle, de lo defraudatorio, no basta con la elusión del pago: se requiere hacerlo, además, como enfatiza la jurisprudencia, defraudando. Esto es, el delito debe ser merecedor de un juicio de desvalor superior al suscitado por quien comunica la deuda y, luego, no realiza el ingreso que reconoce deber, sean cuales sean los cauces empleados para no realizar tal ingreso (STS, Sala 2ª, 1046/2009, de 27 de octubre).

En el plano objetivo, la conducta defraudadora puede revestir, por expresa decisión legal, formas tanto activas como omisivas: art. 307.1, “*por acción u omisión*”. Se solventa así una añeja cuestión polémica, que ya ha dejado de serlo: la sola omisión dolosa –de declaraciones exigibles, de datos legalmente requeridos, de rectificación de los datos erróneos manejados por la SS– puede estimarse defraudatoria y, en consecuencia, típica.

La STS 657/2017 afronta tangencialmente el concepto de defraudación para desvirtuar argumentos reiterados por los recurrentes, dirigidos a casar la sentencia de instancia, en el sentido de que esta habría predeterminado el sentido del fallo, al emplear en la descripción de hechos probados expresiones como “ocultación” y “alteración”, que, según se arguye, prejuzgan la calificación jurídica de los hechos como delito.

Así, la sentencia objeto de comentario insiste en la línea interpretativa de las pre-citadas, a las que añade las STS 17/2005, de 3 de febrero, y 1403/1997, de 22 de noviembre, y concluye que fórmulas como “ocultación”, “alteración”, “para defraudar” u otras similares, no integran “*conceptos técnico-jurídicos, sino ... una descripción fáctica, expresada en lenguaje común, asequible a todos...*” (STS 657/2017, Fundamentos de Derecho. Cuarto).

Tampoco el elemento subjetivo requiere una interpretación que exceda lo puramente gramatical. Se trata del ánimo defraudatorio propio de la acción de burlar o de eludir una obligación con abuso de confianza o con infidelidad –que son las acepciones del término defraudar–, y que trasciende la voluntad de no pagar o de disfrutar beneficios.

El específico *animus defraudandi* debe recibir, desde el punto de vista procesal-probatorio el mismo tratamiento garantista que se dispensa a los demás elementos de naturaleza fáctica en los que se asienta la afirmación de responsabilidad criminal y, en consecuencia, debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. De modo que, de no quedar probado el tipo subjetivo, la conducta deberá ser jurídicamente valorada no en el ámbito penal, sino en el administrativo (STS, Sala 2ª, 799/2017, de 11 de diciembre). En sentido contrario, tal como aclara quizá innecesariamente el propio art. 307.1 que brinda una interpretación auténtica de la norma, la mera presentación de los documentos de cotización no excluye por sí sola la defraudación, si esta queda acreditada por otros hechos.

La STS 657/2017, al rechazar la pretensión de los recurrentes de ausencia de prueba del elemento subjetivo, concluye que su concurrencia se deduce inequívocamente de los procedimientos elusorios empleados por el condenado: *“Altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas del grupo... Diversificación artificial de las actividades entre las diversas entidades controladas por el recurrente... procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y a la sucesión entre grupos empresariales; y así la adquisición de la práctica totalidad de las participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo; e incumplimiento sistemático de los requerimientos de la ITSS para la presentación de la documentación empresarial”* (Fundamentos de Derecho. Segundo).

3.2. Sujeto defraudador

El art. 307, en apreciación doctrinal generalizada, configura un delito especial, ya que, en términos prácticos, solo puede defraudar el obligado al ingreso de cuotas, que es el mismo que puede obtener su deducción. Sin embargo, en la modalidad de obtención indebida de devoluciones, puede también ser autor quien las reclama fraudulentamente sin haberlas pagado. Tal como observa la STS, Sala 2ª, 751/2017, de 23 de noviembre, en esta forma de defraudación, el sujeto activo no es necesariamente el obligado al pago, ya que puede serlo también quien aparenta ser titular del derecho a percibir una (aparente) devolución. En el mismo sentido se ha pronunciado la STS, Sala 2ª, 649/2017, de 3 de octubre.

A tenor de los hechos probados que la STS 657/2017 acepta, las deudas frente a la Seguridad Social objeto de examen corresponden a las empresas creadas y dirigidas por Serafin, y, aunque no se concrete en la sentencia para todos los casos, son consecuencia del impago de cuotas. De hecho, se advierte que *“el acusado en su condición de propietario, único o mayoritario de las citadas empresas y administrador de la mayoría de ellas era conocedor de las citadas deudas con la Seguridad Social y conscientemente dejó de abonarlas”*. El acusado no es, pues, deudor, sino conocedor de la deuda de otros (sus empresas), y sin embargo, es él quien elude pagar lo debido.

Situaciones como la descrita, en las que actúa un administrador o representante de otro, no concurriendo en aquel *“las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”*, son tan frecuentes en la práctica, que el legislador penal se vio obligado a incorporar, en el art. 31 del Código, una respuesta explícita: responderá personalmente *“si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*.

De esta suerte, la STS 657/2017 confirma la condena de Serafin, *“pues la lectura del relato probado indica que el recurrente era el administrador material de las entidades enumeradas, al margen de quien fuera el que constara como administrador “formal”; y así se indica expresamente en el párrafo dedicado a estas tres personas, que ejercían la administración “formalmente”; e incluso de Abelardo, se indica que era un simple trabajador e hizo de testaferro”* (Fundamentos de Derecho. Cuarto). Pero se condena sin hacer referencia alguna al precepto materialmente aplicado, el art. 31, que es el que permite condenar al *extraneus* administrador o representante en los delitos especiales.

Tampoco se hace referencia a la posible aplicación del art. 31 *bis*. Como es sabido, este es el precepto que regula los requisitos de exigencia de responsabilidad penal a las

personas jurídicas. Y en el caso a examen, es el representante legal de las mercantiles deudoras, autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona moral, quien comete los delitos de defraudación *“en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto”*. Que es lo que, en esencia, exige el art. 31 *bis*. No obstante, la Audiencia Provincial, y con ella el Tribunal Supremo, prefirieron omitir la consideración de esta posibilidad de examinar la responsabilidad penal en que, junto a la persona física, pudieron incurrir las sociedades implicadas, como omitieron la posibilidad de imponer, en su caso, las penas expresamente previstas para estos delitos por el art. 310 del Código Penal.

3.3. Condición objetiva de punibilidad

Un reiterado motivo de impugnación de la sentencia de instancia, cuyo análisis hubo de abordar, en el caso, el Tribunal Supremo es el de no concurrencia del *“elemento objetivo de lo injusto, consistente en eludir el pago de las cuotas a la Seguridad Social por importe que exceda de 120.000 euros, referidos al año natural”*.

El argumento va referido al derogado art. 307, que para considerar la defraudación como delictiva, exigía que superase el citado límite mínimo de 120.000 € por año natural. Hoy, el art. 307, reformado por LO 7/2012, pone el límite en 50.000 €, pero referidos a cuatro años naturales. La aparente ampliación del ámbito punible que, aparentemente, así se produce responde a la voluntad legislativa, explicitada en el apartado IV del Preámbulo a la ley, 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”*, por así exigirlo *“criterios económicos, políticos y sociales”*.

Al margen de la valoración político-criminal del criterio por el que se ha decantado el legislador, en lo dogmático, el Preámbulo.IV de la LO 7/2012 califica esa exigencia cuantitativa de mínimos como condición objetiva de punibilidad, con lo que quizá cierra el debate doctrinal sobre su naturaleza jurídica⁶.

A partir de su caracterización como condición objetiva de punibilidad, cuando la defraudación no alcanza la suma legalmente fijada, se producen dos conocidas consecuencias: a) no cabe apreciar tentativa, aunque el sujeto actuante hubiera pretendido superarla con actos idóneos, sin conseguirlo por causas independientes de su voluntad; b) procede acudir al arsenal sancionador de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (especialmente artículos 22 y 23) para, en su caso, castigar la conducta como infracción administrativa.

La determinación legal del límite mínimo de lesividad objetiva es requerimiento evidente del principio de lesividad, y además proporciona a los aplicadores jurídicos, –lo que no resulta trivial– un criterio de diferenciación entre el plano de lo delictivo y el de lo meramente infraccional (STS, Sala 2ª, 751/2017, de 23 de noviembre). De ahí la presencia de la condición objetiva de punibilidad en todos los delitos defraudatorios del Título XIV, *“De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”*.

⁶ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 811-812.

Para la doctrina especializada, la condición objetiva de punibilidad no es un elemento objetivo del tipo de injusto, como en ocasiones parece deducirse del texto de la sentencia, y, en consecuencia, no es necesario que esté abarcada por el dolo del sujeto activo, por lo que el error sobre ella carece de relevancia⁷. El debate no puede, pues, ubicarse en el plano del tipo objetivo, sino en el de la punibilidad.

La STS 657/2017 se ve obligada, también, a pronunciarse sobre los elementos que integran la cantidad defraudada, y especialmente, sobre si en la cuantificación de esta se incluyen, además del principal, los recargos, intereses y costas. Lo que lleva de la mano a plantearse, como hacen los recurrentes, una cuestión próxima pero no idéntica: si la cantidad fijada como responsabilidad civil –481.113,51 € en el caso–, *“incluye solamente el principal de las cuotas patronales, obreras y conceptos de recaudación conjunta, o se constituye además con los recargos, intereses y costas”*.

La segunda de las cuestiones no debería plantear dudas: la responsabilidad civil debe abarcar los recargos e intereses, que no son sino instrumentos resarcitorios del perjuicio causado y, en consecuencia, entran en el ámbito del art. 113 del Código Penal.

En cuanto a la primera, la doctrina judicial se ha inclinado por incluir en la cuota defraudada los *“conceptos de recaudación conjunta”* (STS, Sala 2ª, 523/2006, de 19 de marzo), respuesta que, sin dejar de ser problemática, parece más compatible que su contraria con el tenor literal del art. 307.1⁸.

Respecto a los recargos de mora, apremio e intereses, la STS 657/2017 (Fundamentos de Derecho. Quinto) se remite al *“criterio jurisprudencial desplegado en las SSTs 523/2006, de 19 de mayo y 480/2009, de 22 de mayo”*. La primera de ellas entiende, en efecto, que *“los recargos de mora, de apremio e intereses deben ser considerados como objeto de la defraudación punible que prevé el art. 307 CP, dado que configuran también el daño ocasionado por el delito y, por tal razón, constituyen conceptos de recaudación conjunta, con relevancia para la determinación del límite que separa los hechos punibles de los que no lo son”*.

Parece más sólida la opinión contraria que defiende que los mencionados recargos no pueden integrarse en la cuantía defraudada⁹. Ciertamente, desde la lógica recaudatoria que inspiró la LO 7/2012, podrían hacerlo ya que están incluidos en la deuda con la Seguridad Social. Pero por mucho que los recargos sean parte de la deuda, no son parte de la cuota defraudada: la intención de defraudar –esencial en todo el art. 307– no va dirigida a tales conceptos; y, desde el punto de vista objetivo, el delito se entiende consumado solo si ha transcurrido el plazo reglamentario para satisfacción de la deuda, y mal puede integrar incrementos que surgen en momentos posteriores¹⁰.

⁷ DEMETRIO CRESPO, E., “La punibilidad”, en DEMETRIO CRESPO, E., DE VICENTE MARTÍNEZ, R. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Teoría del delito*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 390.

⁸ BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho Penal del Trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 184.

⁹ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit., pp. 813.

¹⁰ BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho Penal del Trabajo*, cit., p. 184.

3.4. Aplicación de la ley penal más favorable

El punto más relevante de los que analiza la sentencia, y también aquel al que le dedica más espacio, es el de la determinación de la ley penal aplicable al caso. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las cuatro infracciones que, apreciadas como delito continuado, sirven de base a la condena ratificada por la STS 657/2017, se cometen en los años naturales de 2011 y 2012, en vigencia del art. 307 tal como quedó redactado por la LO 5/2010, pero a los hechos acaecidos a partir del 17.01.2017, fecha de entrada en vigor de la reforma operada por la LO 7/2012, les son aplicables los artículos 307 y 307 bis en su redacción actual (Fundamentos de Derecho. Tercero).

Se enfrenta, pues, el juzgador a una sucesión de hechos, para los que los recurrentes reivindican la aplicación de la ley penal más favorable. Este punto había sido resuelto por el Tribunal sentenciador, *“sin especial motivación”*, considerando que el Código Penal anterior a la reforma de la LO 7/2012 resultaba más beneficioso para el acusado. El TS rechaza este automatismo y valora la necesidad de valorar esta cuestión de difícil respuesta, por cuanto en la operación *“confluye una múltiple casuística, con circunstancias que inciden de forma antagónica”* (STS 657/2017. Fundamentos de Derecho. Tercero).

Inicialmente, hay que cotejar marcos penales muy similares: tanto en vigencia de la normativa anterior como de la actual la pena de privativa de libertad es idéntica: prisión de uno a cinco años. También resulta idéntica la pena de multa *“del tanto al séxtuplo”* de la cuantía defraudada. La principal diferencia radica en que la LO 7/2012 introdujo una pena inhabilitadora que no existía en el texto reformado: *“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”*.

Incluso la hiper-atenuación prevista –hoy pero no antes– en el art. 307.5 para quien, una vez imputado, reconoce los hechos y satisface su deuda con la Seguridad Social¹¹, introduce una posibilidad de pena más favorable en concreto, que podría decidir la cuestión en el sentido de considerar aplicable la ley posterior.

Por el contrario, la ley posterior contiene, en el art. 307 bis.1.a), una pena agravada, de prisión de dos a seis años, manteniendo la multa de tanto al séxtuplo de lo defraudado, cuando *“la cuantía de las cuotas defraudadas (...) exceda de ciento veinte mil euros”*.

No basta, por tanto, con la consideración del marco penal, sino que la decisión sobre cuál puede ser ley penal más favorable, ha de atender también a la formulación de los respectivos preceptos, que delimitan ámbitos típicos diferentes.

Así, observa la STS 657/2017 que *“con la reforma, destaca la doctrina¹² que paradójicamente, aunque en principio la exigencia típica aminorada de la cuota defraudada de ciento veinte mil a cincuenta mil euros, posee un efecto agravatorio para el defraudador*

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales*, cit., pp. 174-175.

¹² Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho Penal aplicable a las Relaciones Laborales*, cit., pp. 170-171. En el mismo sentido, FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit., pp. 814.

y que se permitan acumular las cantidades evadidas durante cuatro años, a los efectos de computar ese límite de los cincuenta mil euros, de tal modo que pueden convertirse en delito defraudaciones que con la redacción anterior no rebasaban el límite defraudado penalmente típico en cada “liquidación, devolución o deducción” o en cada año natural; sin embargo, en los casos en que la defraudación superase dicho límite en una liquidación, devolución o deducción o en un año natural la regla posee un efecto beneficioso para el culpable al impedir la aplicación del concurso real. Pues efectivamente, con la nueva redacción, lo defraudado en un período determinado cuatrienal, integra un solo delito; con la única matización de que si sobrepasa los ciento veinte mil, incurre en el tipo agravado del 307 bis; pero elude en ese cuatrienio, cualesquiera que sea el número de defraudaciones perpetradas” la apreciación de concurso real.

Para resolver la “múltiple casuística” planteada, la STS 657/2017 acepta como punto de partida, difícilmente controvertible, que, aplicando a los hechos enjuiciados el texto actual, —que obliga a determinar la cuantía del fraude atendiendo a los cuatro años naturales— se llegaría a la apreciación del tipo agravado del art. 307 bis.1.a) —cuotas defraudadas en cuantía superior a 120.000 €— lo que permitiría “englobar” las defraudaciones cometidas en los dos años anteriores a la reforma operada por la LO 7/2012. A este delito —único— agravado le corresponde una pena de *prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía*, respuesta punitiva “*más favorable que un concurso real; e incluso que el delito continuado calificado por la normativa anterior a la LO 7/2012, con un umbral mínimo de prisión de tres años, y un umbral máximo hasta seis años y tres meses de prisión, consecuencia de la facultad que permite el inciso final del art. 74.1 CP ; y multa del tanto y medio al séptuplo y medio de la cuantía defraudada*” (Fundamentos de Derecho. Tercero).

La Sala expone como refuerzo de su argumentación los criterios mantenidos por las Circulares de la Fiscalía General del Estado, especialmente en la 2/1996, de 22 de mayo, y, al exponer las soluciones posibles, determina que la más favorable es la de la aplicación retroactiva de los artículos 307.1 y 307 bis tras la reforma.

Claro que, aunque la sentencia no aluda a la cuestión, con la nueva legalidad es imperativa, como se advirtió, la imposición de una pena no aplicable con anterioridad: 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*” (art. 307.1, *in fine*). Lo que, quizá, pudiera entenderse incremento punitivo *in peius*. Pero, si bien se mira, penando separadamente los delitos, de acuerdo con la ley formalmente vigente en el momento de comisión, esta pena inhabilitadora debería también ser impuesta, aunque con el límite de cuatro a ocho años, como consecuencia de los hechos realizados en vigencia de la LO 7/2012. Con lo que el efecto peyorativo queda minimizado, y más si se compara con la disminución de las penas de prisión y multa.

Así ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial, ahora confirmada: esta pena se impone con una duración de cuatro años, por un delito único agravado (art. 307 bis 1.a), entendiendo ley más favorable el Código vigente. De haber optado por castigar separadamente los delitos, se podría haber impuesto, por los cometidos en los dos últimos años (tipo básico del art. 307.1), la misma pena.

Por ello, la sentencia concluye que corresponde castigar “*con arreglo al nuevo Código Penal con la limitación de no superar la pena que fuese imponible con el anterior texto*”, de modo que considera justificada la pena impuesta por el tribunal de instancia, puesto que se encuadra dentro del marco punitivo del nuevo Código.

4. EPÍLOGO

Las múltiples reformas penales efectuadas en el último período plantean nuevos retos en la interpretación de los preceptos del Código Penal por parte de los tribunales. En este sentido, el papel del Tribunal Supremo resulta, como es bien sabido, esencial.

Dado que la modificación del delito de fraude a la Seguridad Social se produjo, a través de la LO 7/2012, unos años antes de la más amplia reforma penal introducida por la LO 1/2015, los supuestos problemáticos que requieren de un posicionamiento de la doctrina judicial comienzan a llegar al Tribunal Supremo. Buen ejemplo de ello son los dos recientes casos de las STS 657/2017 y 751/2017.

La STS 657/2017 analiza tres de las cuestiones esenciales en relación con el delito de fraude a la Seguridad Social, el comportamiento típico, el sujeto responsable y la consideración del límite (antes de 120.000 euros, ahora de 50.000) como condición objetiva de punibilidad.

No obstante, lo más relevante de la sentencia es su posición sobre la determinación de la ley penal aplicable en los casos en los que el comportamiento defraudatorio abarca períodos bajo la vigencia de las dos normas relevantes. Se trata de una situación que, por obvios criterios temporales, se hará muy presente en los tribunales en fases próximas.

El TS defiende un análisis pormenorizado y casuístico bajo el que se determine, en el caso concreto, qué norma resulta más beneficiosa. Concretamente, en este supuesto de fraude continuado y de elevada cuantía anual considera que la norma penal resultante debe ser la aplicada por resultar más beneficiosa.

El TS ha venido a corroborar lo que gran parte de la doctrina había planteado. A pesar de la pretendida voluntad del legislador de “*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 realidad es que, en determinados casos, que no son menores, la regulación del delito de fraude a la Seguridad Social tras la reforma de la LO 7/2012 resulta más beneficiosa para el defraudador que la situación anterior.

Se trata, como muestra la STS 657/2017, de los casos de fraude de mayor entidad que, con la reducción de la condición objetiva de punibilidad de 120.000 a 50.000 euros y el cambio del período de cómputo de cuatro años a uno, reciben una respuesta penal menor que con la normativa anterior a la reforma.

No es sino una muestra más del Derecho penal de clase que se va introduciendo en el ordenamiento español. Se endurece la persecución de la delincuencia de bagatela mientras que se configura un sistema penal especialmente laxo e, incluso, eludible, para el poderoso¹³.

La diferencia de trato entre la defraudación cometida por el empleador y la cometida por el trabajador, también en el ámbito de los fraudes contra la Seguridad Social, es otro ejemplo. Como lo son las facilidades concedidas para la regularización del defraudador tributario o de la Seguridad Social, la eliminación del límite de 400 euros para considerar el hurto como delito, la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra los derechos de los trabajadores o la introducción de porcentajes que benefician a las grandes empresas en la regulación de la contratación irregular del artículo 311.2º.

Resulta muy complicado que la jurisprudencia pueda revertir esta tendencia, aunque cabe que, aplicando los principios del Derecho Penal, pueda contenerla. O, como en el caso de la STS 657/2017, ponerla de relieve.

¹³ DOLZ LAGO, M.J., “Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad”, cit., pp. 98-99.