

LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL (I)

Delia Ghiurca Gruita
ABOGADA ICASF

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2022.
Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2023.

INDICE

- 1.- Introducción
- 2.- Procedimiento
- 3.- Competencia
 - 3.1.- Objetiva.
 - 3.2.- Territorial.
 - 3.3.- Funcional
- 4.- Fase de Investigación: D. Previas
 - 4.1.- Inicio del procedimiento.
 - 4.2.- Especial consideración de la fase preprocesal administrativa e incidencia en el procedimiento penal.
 - 4.3.- Especial consideración de la querrela.
 - 4.4.- Auto de incoación.
 - 4.5.- Objeto de la instrucción. Consideraciones generales y especiales.
 - 4.5.1.- Alcance del elemento típico “ defraudación “ ex Arts. 307 y 307 bis CP.
 - 4.5.2.- Problemas concursales en los delitos de los Arts. 307 y 307bis CP.
 - 4.5.3.- Problemas concursales en el delito del Art. 307 ter CP.
 - 4.5.4.- El objeto de la defraudación.
 - 4.5.5.- Valor en el proceso de los documentos del sistema de Seguridad Social. Específicamente, el sistema RED.
 - 4.5.6.- Participación delictiva.

1.- Introducción

Los delitos contra la Seguridad Social se hallan previstos en los Arts. 307.1¹, 307 bis² y 307 ter³ del Código Penal en la redacción dada a los mismos por la LO 7/2012 de 27 de diciembre, y constituyen tipos penales que, castigando ab initio conductas fraudulentas contra el patrimonio de dicho organismo, es evidente que desde el tenor de los Arts. 31 y 41 CE y 2 del RDL 8/2015⁴ trascienden

1 **Artículo 307. [Fraude a la Seguridad Social]**

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.

2 **Artículo 307 bis. [delito contra la Seguridad Social. Pena]**

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 concurren 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

3 **Artículo 307 ter. [Disfrute indebido de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social]**

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.

4 **Artículo 2. Principios y fines de la Seguridad Social**

1. El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

2. El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de esta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares

estrictamente a ello al proteger algo superior, incluso, a los propios ingresos del Estado, como es el Bienestar Social, atendido que buena parte del destino de los recursos captados por la Seguridad Social se dirigen a dichas finalidades, como nos lo recuerdan las [SSTS11.12.2002 o 11.3.2014](#) ⁵.

Desde dicha premisa, dos razones nos mueven a la realización del presente trabajo. Una, es que, pacífica y admitida la naturaleza de los delitos contra la Seguridad Social como ley penal en blanco, otro tanto cabe decir, a nuestro juicio, de su naturaleza de ley procesal en blanco, como resulta de la influencia que en sede de competencia territorial, dies a quo prescriptivo, regularización y reparación penal, pruebas periciales y en general, valoración de la prueba, tiene la normativa social⁶.

Y otra, derivada en parte de la anterior, es el amplio uso que de manera empírica se aprecia en estos procedimientos de la facultad del Instructor para decretar el sobreseimiento y archivo de la causa (art. 779.1.1.a LECRIM), derivada de defensas tendentes a acreditar ya, durante la fase de instrucción, la atipicidad del hecho, la inexistencia de las condiciones de punibilidad, la prescripción o cualesquiera otras cuestiones que permitan el archivo de las actuaciones, lo que confiere una especial relevancia a la fase de instrucción en estos delitos frente a la de otras figuras delictivas.

2.- Procedimiento

Como regla general, el procedimiento a seguir será el abreviado regulado en los Arts. 757 LECRIM y ss., atendida la penalidad prevista para estos ilícitos, no superiores en ningún caso a la pena de nueve años, que opera como distinción entre el procedimiento abreviado y el sumario.

Al hilo de la afirmación del abreviado como procedimiento de referencia para la instrucción de estos delitos, surge la posibilidad de tramitación del procedimiento en piezas separadas, como permite el Art.762.6 LECRIM cuando se den los presupuestos para ello. E inversamente, debe dejarse constancia

o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley.

5 De la misma:

“...es indudable, pues, que el bien jurídico protegido no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas...”

6 Normativa social, esencialmente contenida en:

RD Legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social,

Ley 23/2015 de 21 de Julio, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social,

RD 2064/95, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

de la imposibilidad de acudir al procedimiento de enjuiciamiento rápido con conformidad y rebaja de un tercio de la pena previsto para tal supuesto, por impedirlo la penalidad de estos delitos en el caso de los Arts. 307.1 y 307 bis, estimándolo por el contrario posible en el caso del Art. 307ter desde la penalidad prevista para dicho delito (Art. 799.1.5º y 801 LECRIM), si bien las exigencias de prueba cierta que acompañan a dicho procedimiento lo impidan en la realidad.

Esta regla general puede, teóricamente, alterarse en supuestos de conexidad ex Arts. 17 LECRIM⁷ de estos delitos con otros - se aludirá más extensamente al tratar de los problemas concursales como uno de los fines de la instrucción-, que por su posible mayor penalidad o por venir abocados a algún tipo de procedimiento especial según se dirá, determinen la alteración de la regla general. Los supuestos en tales caso pueden ser dos, uno, que se siga el procedimiento por las reglas del sumario, porque alguno de los delitos conexos tenga señalada pena superior a 9 años, y otro, que se siga el Procedimiento del Jurado por ser conexo a un delito incluido en este procedimiento, de conformidad en este caso con lo dispuesto en los prolijos APNJTS 23.2.2010 y 9.3.2017, aun cuando entendemos que tales casos serán ciertamente insólitos.

3.- Competencia (fase de instrucción)

3.1.- Competencia objetiva

Como regla general, la competencia viene atribuida al Juez de Instrucción (Art. 14.2 LECRIM), cualquiera que sea el procedimiento a seguir - abreviado, sumario o Tribunal del Jurado según se indicó supra-.

Las excepciones posibles pueden venir de asumir la competencia un Juez Central de Instrucción, en los supuestos de competencia de la Audiencia Nacional previstos en los Arts. 65.1.c) y 88 LOPJ, cuando el delito contra la Seguridad Social pudiere tener “... *grave repercusión o quebranto en la economía nacional o en la seguridad del tráfico mercantil...*”, o en los supuestos de aforamiento

⁷ Del tenor:

Art. 17 LECRIM:

1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos:

1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.

2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

del/los investigado/s, previstos en los Arts., 57.2 o 73.4 LOPJ, en cuyos casos corresponderá la instrucción del procedimiento a un Instructor Unipersonal, según un Turno de reparto, de conformidad en el caso con lo dispuesto en el APNJTS 2.12.2014⁸

3.2.- Competencia territorial

En cuanto a la competencia territorial, rige la regla general ex. Art. 14.2 LECRIM según la cual es competente el Juez de Instrucción del lugar del hecho, que en el caso de los delitos sociales será el del domicilio del obligado social, determinado auténticamente en el Art. 16 del RD 1415/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social⁹.

Esta regla general puede tener algunas excepciones, por el juego de las reglas de conexidad establecidas en los Arts. 17y 18LECRIM¹⁰, que podrían llevar la competencia a otro Juzgado de Instrucción en diferente territorio según lo

⁸ *Obiter dicta, recordar que en estos supuestos de aforamiento, cuando en el curso de la investigación se apreciaren elementos indiciarios sugestivos de la presunta participación de una persona aforada, antes de adoptar cualquier resolución con relevancia competencial, el Instructor deberá:*

- *Desarrollar una actividad indagatoria que sin injerir en derechos fundamentales del aforado sirva para asentar o cualificar los indicios de criminalidad.*
- *Solicitar certificación del órgano legislativo del que forma parte el aforado/a (Asamblea legislativa autonómica, Congreso o Senado, ...)*
- *Elevar una memoria expositiva al órgano que se considere competente, con los testimonios más relevantes que funden la atribución de los hechos justiciables presuntos al aforado, precisando el estado de la investigación, facultando expresamente el artículo 118 bis LECRIM y las SSTC 124 y 123/2001, a la persona investigada aforada para que pueda ejercitar su derecho de defensa desde que se aprecien indicios de criminalidad.*

⁹ *Artículo 16. Domicilio del responsable de pago*

1. A todos los efectos de la gestión recaudatoria, salvo que para algunos de ellos se señale expresamente otro distinto, se considerará domicilio de los sujetos responsables del pago el siguiente:

a) Para los empresarios, aquel en que radique la efectiva gestión administrativa y dirección de la explotación, industria o negocio de la empresa, que deberá, asimismo figurar en su solicitud de inscripción en la Seguridad Social, en la que se podrá hacer constar, además, un lugar distinto a efectos de notificaciones.

b) Para los trabajadores, el indicado en la solicitud de alta en el régimen de Seguridad Social que corresponda, en la que asimismo podrá designar un lugar distinto para notificaciones.

c) En caso de falta de solicitud de inscripción o de alta o de falta de constancia en ella del domicilio, se considera como tal:

1º Para las personas naturales, el de su residencia habitual.

2º Para las personas jurídicas domiciliadas en España, el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que radiquen dichas gestión y dirección.

3º Las personas naturales o jurídicas residentes en el extranjero que desarrollen actividades en España tendrán su domicilio, a los efectos indicados, en el lugar que radique la efectiva gestión administrativa y la dirección de sus negocios.

2. Los sujetos responsables que residan en el extranjero durante más de seis meses de cada año natural vendrán obligados a designar un representante con domicilio en territorio español, a los efectos de sus relaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social.

¹⁰ *Art. 18 LECRIM:*

1. Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos:

1º El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.

2º El que primero comenzare la causa, en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena.

3º El que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo, o no conste cuál comenzó primero.

2. No obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados en el apartado anterior, el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.

ya visto supra, a un Juzgado Central de Instrucción –Arts. 65.1.c. LOPJ– o a un Instructor unipersonal, en supuestos aludidos de aforamiento del investigado.

3.3.- Competencia funcional

Como en toda instrucción, cabe la posibilidad de recursos contra las decisiones del órgano instructor, que como regla general serán resueltos por la Audiencia Provincial que conozca de los recursos contra el Juzgado de Instrucción, según lugar y normas de reparto. Las excepciones vienen en el caso de las causas competencia de la Audiencia Nacional, que serán resueltas por esta según sus reglas de reparto (Art. 65.5º LOPJ) o en el caso de los aforados, por el órgano colegiado al que corresponda conocer, normalmente, mediante una Sala reducida para resolver el recurso/s y no contaminar al resto de miembros del órgano, según normas de reparto igualmente aprobadas.

4.- Fase de investigación: D. Previas

Sentado que el procedimiento a seguir será el Abreviado, se acostumbra a distinguir dentro del mismo una fase de investigación, denominada Diligencias Previas, establecida como marco general de la instrucción en los Arts. 774, 301 y 302 LECRIM, y una fase intermedia o procedimiento abreviado stricto sensu, tendente a preparar el acto del juicio oral, mediante los respectivos escritos de calificación y defensa con correlativa proposición de pruebas de las partes, que delimitarán respectivamente, el objeto del juicio y los medios de prueba a utilizar en el mismo – estos, por lo menos, inicialmente–.

La fase de investigación queda a su vez, como no podría ser de otra manera, sometida a las reglas generales de la instrucción penal contenidas en los Arts. 299¹¹, 301¹², 311¹³, 312¹⁴ y 324¹⁵ y ss. LECRIM, a las que se superpondrán

11 Artículo 299. *Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.*

12 Artículo 301. *Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo.*

13 Artículo 311. *El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales. Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas podrá interponerse recurso de apelación, que será admitido en un solo efecto para ante la respectiva Audiencia o Tribunal competente. Cuando el Fiscal no estuviere en la misma localidad que el Juez de instrucción, en vez de apelar, recurrirá en queja al Tribunal competente, acompañando al efecto testimonio de las diligencias sumariales que conceptúe necesarias, cuyo testimonio deberá facilitarle el Juez de instrucción y, previo informe del mismo, acordará el Tribunal lo que estime procedente.*

14 Artículo 312. *[Práctica de diligencias solicitadas en querrela] Cuando se presentase querrela, el Juez de instrucción, después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieren, salvo las que considere contrarias a las leyes, o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela, las cuales denegará en resolución motivada.*

15 Artículo 324. *[Partes semanales sobre el estado del sumario inconcluso] 1. Las diligencias de instrucción se practicarán*

las especialidades contenidas en los Caps. II y III del Título II del Libro IV LECRIM, donde se regulan las Diligencias Previas. De dichos preceptos, especial importancia debe concederse al plazo de finalización de la instrucción determinado por el Art. 324 LECRIM - desde el tenor dado al mismo por la Ley 41/2015 de 5 de octubre - que establece, salvo concreciones, la obligación de concluir la instrucción en el plazo de seis o dieciocho meses si la causa reviste o no el carácter de compleja, según los criterios que suministra la propia LECRIM¹⁶ y que en el caso de instrucciones por este tipo de delitos concurrirán con cierta frecuencia a nuestro juicio al darse los supuestos de las letras d) y f) del nº 2 de dicho precepto.

4.1.- Inicio del procedimiento

De manera sencilla, podemos situar el inicio del procedimiento por la simple llegada de la noticia criminis al órgano judicial competente. Habitualmente, esto se producirá por alguna de las siguientes formas:

- Tanto de culpa de la administración de la Seguridad Social, previsto en el Art. 77.1.a) y h) y 3 del TRLGSS 8/2015¹⁷.

durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurren de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

16 Art. 324.2: Se considerará que la investigación es compleja cuando:

- a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales,
- b) tenga por objeto numerosos hechos punibles,
- c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas,
- d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis,
- e) implique la realización de actuaciones en el extranjero,
- f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o
- g) se trate de un delito de terrorismo.

17 Artículo 77. Reserva de datos

1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y solo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto:

- a) La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público o la Administración de la Seguridad Social.
- h) La colaboración con los jueces y tribunales en el curso del proceso y para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa, en la que, por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración de la Seguridad Social.

3. Cuantas autoridades y personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social tengan conocimiento de estos datos o informes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos de los delitos citados, en los que se limitarán a deducir el tanto de culpa o a remitir al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran

- Querrela del Ministerio Fiscal (Art. 105 LECRIM y EOMF 50/1981)
- Ejercicio de la acción penal por cualquier ciudadano o grupo legitimado, en forma de acción popular (Arts. 125 CE, 101 LECRIM y 20.4 Ley 23/2015 ¹⁸)
- Atestado de la Policía Judicial (Art. 282 LECRIM)
- Obligación de denunciar por razón de profesión, cargo u oficio (Art. 262 LECRIM),
- Directamente, en sede jurisdiccional penal, derivado de causas seguidas por otros delitos en cuya investigación surgieren indicios de delito contra la Seguridad Social

4.2.- Especial consideración de la fase preprocesal administrativa e incidencia en el procedimiento penal.

Como punto de partida desde lo dicho, debe señalarse que no son necesarias actuaciones previas de los órganos de la Seguridad Social a modo de condición objetiva de procedibilidad, aun cuando se antoja imprescindible, en un momento u otro de la causa, el mandato a dichos organismos para que investiguen o valoren el hecho y confirmen los indicios de delito.

Sin embargo, la previa existencia de procedimientos en el ámbito de la Seguridad Social, sean de gestión, ejecución, y, especialmente, de inspección abocan a que esta sea la más habitual de las formas de inicio de estos procedimientos. Actuaciones que plantean diversas cuestiones, una, la relevancia penal y procesal de esta fase preprocesal administrativa, otra, la continuación de los procedimientos seguidos en dicho ámbito una vez incoado el procedimiento penal, y otra, la incidencia en el procedimiento penal de las eventuales nulidades administrativas que se hubieren podido producir, frecuentemente invocadas en sede de defensa.

Sobre estas cuestiones, aun específicamente referidas a delitos fiscales – pero que entendemos extrapolables al ámbito que nos ocupa-, la Jurisprudencia, en diversos pronunciamientos, ha señalado:

- Las actuaciones administrativas no tienen, en el ámbito penal, más valor que el de simple denuncia.
- Las pruebas aportadas por la Inspección de los Tributos y valoradas por los órganos judiciales han de ser obtenidas respetando los derechos fundamentales – STC 26.9.2005 y ATC 15.1.2007- ,
- Los datos económicos del obligado, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad, pero estimamos que el citado Art. 77.3 TRLGSS 872015 puede

corresponder, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

¹⁸ Art. 20.4 La acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social es pública.

proporcionar cobertura legal a injerencias en dicho ámbito – desde las SSTC 45/1989 o 233/1999-,

- Las eventuales infracciones y/o nulidades en vía administrativa no pueden ser enjuiciadas por un órgano de la jurisdicción penal, facultado, eso sí, para decretar nulidades por infracciones procesales (arts. 11 y 238 y ss. LOPJ),
- La falta de asistencia letrada en el procedimiento administrativo del obligado luego investigado no constituye causa de nulidad, por inaplicación de los arts. 118.1.d) y 520 LECRIM, que solo la exigen cuando la persona esté detenida, situación que no puede producirse durante la sustanciación del procedimiento administrativo. En este sentido, el derecho de defensa se satisface mediante la notificación y traslado al contribuyente de las actuaciones inspectoras y de las incidencias de la tramitación que faciliten y permitan su intervención en el procedimiento, permitiéndoles formular alegaciones o recursos contra aquellas.

4.3.- Especial consideración de la querella.

La querella es el medio de inicio arquetípico del procedimiento por delito social, normalmente a instancia del Ministerio Fiscal (arts. 105 y 271 LECRIM) pero sin descartar su utilización en los casos de acción popular. El hecho de que habitualmente lo sea a instancia del Ministerio Fiscal reduce el estudio de algunos de sus requisitos, pero que actualizaremos *in totum*.

Así, en cuanto a los requisitos subjetivos, la LECRIM exige la suscripción de la querella por Letrado y Procurador con poder bastante –salvo, precisamente, el Ministerio Fiscal y Letrados de la Seguridad Social-.

Formalmente, la querella deberá contener las menciones exigidas en el Art. 277 LECRIM¹⁹, de los que revisten especial importancia la Identificación de los hechos justiciables y de las personas que deban objeto de investigación, pero sin que sea preciso determinar la cuota defraudada, cabal objeto del procedimiento. Materialmente, el querellante debe prestar una fianza, salvo si es el ofendido por el delito (Art. 280 LECRIM, lo que excluye a la Administración de la Seguridad

19 Artículo 277.

La querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado.

Se extenderá en papel de oficio, y en ella se expresará:

1º El Juez o Tribunal ante quien se presente.

2º El nombre, apellidos y vecindad del querellante.

3º El nombre, apellidos y vecindad del querellado. En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.

4º La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecutó, si se supieren.

5º Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.

6º La petición de que se admita la querella, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.

7º La firma del querellante o la de otra persona a su ruego si no supiere o no pudiese firmar, cuando el Procurador no tuviese poder especial para formular la querella.

Social perjudicada) y en el caso del Ministerio Fiscal.

4.4.- Auto de incoación

Verificada una notitia criminis con entidad, en principio, suficiente para fundamentar una investigación judicial, el Juez dictara auto de incoación de D. Previa ex Art. 774 LECRIM.

Resolución que como regla general opera como fundamento de la imputación/ investigación de las personas investigadas ex art. 118 LECRIM y de ello del ejercicio de defensa de los mismos ex Art. 24.2 CE que exige que se garantice el acceso al proceso de toda persona a la que se atribuya la comisión de un acto punible y de que dicho acceso lo sea en condición de imputado, sin que se retrase el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente se sospeche de su participación en los hechos objeto del proceso -cif. SSTC 68/2001, 87/2001, 118/2001, 174/2001 o 70/2002. De manera que, admitida una denuncia e incoado el procedimiento contra una persona por determinado delito, no cabe en modo alguno que el órgano jurisdiccional omita que esa imputación sea conocida por el interesado ni clausurar la instrucción sin haberle ilustrado de sus derechos y sin siquiera haberle oído en dicha condición de imputado -cif. SSTC 19/2000 o 118/2001. De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aún en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión -STC 68/2001, SSTC 149/1997, 87/2001 o 70/2002-.

Inversamente, procederá la denegación de la incoación – o más específicamente, la inadmisión de la querella- en los casos establecidos en el Art. 313 LECRIM, esto es, cuando los hechos contenidos en el relato fáctico de la querella, tal y como esta venga redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente, o cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos, recordando al respecto que según la STC 28.9.1987, quien ejercita una acción en forma de denuncia, de querella, siquiera el Ministerio Fiscal, tiene en el marco del artículo 24.1 de la Constitución española un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino solo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora, sobre la calificación jurídica del hecho, expresando, en su caso las razones por las que inadmite su tramitación o archiva libre o provisionalmente las actuaciones.

4.5.- Objeto de la instrucción: Consideraciones generales y especiales.

Como en cualquier otro delito, las diligencias a practicar en la fase de instrucción dependerán del contenido de la noticia criminis, que determinará que sean unas u otras las útiles y convenientes, sin que a priori exista un catálogo cerrado de diligencias, y variando lógicamente en función de la modalidad presuntamente delictiva denunciada, sea esta defraudación -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- o disfrutando indebidamente de prestaciones. En todo caso, y como se ha indicado, nos hallamos ante delitos con características propias y singulares que repercuten en los medios, modos, formas y objetivos de la investigación penal, lo que se manifiesta en ciertas especialidades que presenta la instrucción sumarial de los hechos que pudieran constituir su comisión - casi todas ellas, también y obviamente, con incidencia en el enjuiciamiento-, de las que a continuación citaremos algunas por su relevancia, no sin dejar de señalar una cierta tributariedad -nunca mejor dicho-, tanto en la tarea legislativa como jurisprudencial de estos delitos respecto de los delitos contra la Hacienda Pública ²⁰.

4.5.1.- Alcance del elemento típico “ defraudación “ ex Arts. 307 y 307 bis

Determinada la instrucción por un presunto delito de los Arts. 307 y 307 bis CP siempre y en todo caso por un impago de cuotas - a salvo, los efectos de la regularización-, la primera cuestión que debe abordar la instrucción es si dicho impago deriva de una defraudación o se ha producido sin más, ya que aunque pudiera parecer que dicha cuestión es cabalmente el objeto de juicio, según la postura que se mantenga al respecto puede suceder que no se llegue a abrir el juicio oral- recordando que en el caso del delito del Art. 307 ter CP la cuestión no se plantea atendido que únicamente cabe la conducta fraudulenta-.

La cuestión había resultado sencilla del tenor de los sucesivos redactados del 307 CP hasta la promulgación de la LO 7/2012, siendo unánimes Doctrina y Jurisprudencia en cuanto a que el mero impago de cuotas era atípico siendo precisa una/s maniobra/s defraudatoria/s que acompañara/n a ese impago para estimar la existencia de delito²¹. Ello porque la descripción típica no se

²⁰ El propio nomen del Título XIV del Libro II del Código Penal ya indica que el Legislador - y de ello, la Jurisprudencia- se ocupa primero de los delitos contra la Hacienda Pública y a continuación de los delitos contra la Seguridad Social, lo que se traduce en múltiples remisiones a aquellos en la solución de las cuestiones que plantean estos delitos.

²¹ Olle Sese (2020:6), concluye:

“... la conducta se compone (tipo compuesto) de defraudar eludiendo el pago: sólo será inculpativa si se elude el pago de las cuotas y los conceptos de recaudación conjunta, defraudando. El mero impago de esas cuotas y conceptos no será constitutivo de delito...”

limitaba a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber existiera y se superare una determinada cantidad, sino que exigía que ello se hiciera, además, defraudando. La acción típica por tanto no era pagar, sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas.

Y, en cualquier caso, la precisión del concepto de lo que significaba “defraudar eludiendo”, debía superar la situación creada por quien comunicaba la existencia de la deuda a la autoridad administrativa y luego no realizaba el ingreso que reconocía deber, fueran cuales fueran los cauces empleados para no realizar tal ingreso. En este sentido, la STS 19.11.2004, en relación con el empleo del término “eludir”, afirmaba que “... *ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social...*”. Por su parte, la STS 25.11.2005 concluía que “... no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina....”, recordando alguna resolución que la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Delitos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.

Así las cosas, la sanción penal estaba prevista para quien defraudara eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declarara correctamente o simplemente no declarara y, además, no pagara. Dicho de otra manera, la defraudación consistía en ocultar la deuda o los hechos que la generaban, impidiendo así a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pudieran ponerse en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le concede para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde. Por ello, cumplido correctamente el deber de declaración, no cabía delito contra la Seguridad Social - sin perjuicio de otros ilícitos-, lo que llevaba a la STS 27.10.2009 a señalar que la realización de maniobras encaminadas a dificultar el cobro por parte de la Seguridad Social o a constituir a la sociedad obligada en insolvencia mediante el cese total de sus actividades y la correlativa descapitalización, no afectaban a la existencia de un delito de defraudación a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas y de los conceptos de recaudación conjunta, si el obligado en su momento había cumplido con el deber de declarar comunicando correctamente la existencia de los hechos que generaban el deber de pagar.

Así, conductas tan frecuentes como la sucesión de empresas²², el falseamiento de las condiciones impuestas para conceder un aplazamiento en el pago de las deudas sociales, la ocultación de contratos u obras que la empresa estuviere realizando para evitar el embargo de las certificaciones de obras, cuando se producían con posterioridad a la correcta presentación de los boletines de cotización quedaban fuera del radio de acción del Art. 307 bis CP.

Sin perjuicio de señalar que alguna aislada sentencia se separaba de dicho punto de vista y había considerado delito social conductas como por ejemplo, la sucesión de empresas ²³, la cuestión cambia radicalmente con la modificación del Art. 307 CP operada por la indicada L.O. 7/2012 que ha añadido un segundo párrafo a dicho precepto, del tenor “ ... *La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando esta se acredite por otros hechos ...*”, de lo que se concluye que aquella comunicación de la existencia de la deuda a la autoridad administrativa sin pago posterior no es ya obstáculo para la comisión del delito, siempre y cuando se acredite que dicha comunicación discurría en paralelo a maniobras tendentes a hacer estériles los esfuerzos de la recaudación forzosa.

En este sentido estimamos que la instrucción podrá/deberá comprender el análisis de situaciones tales como:

- a) Altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas de un mismo grupo o control empresarial,
- b) Diversificación artificial de las actividades entre diversas entidades controladas por el/los investigado/s, o en establecimientos y centros comerciales simultánea o sucesivamente titularidad de aquellos,
- c) Eventuales procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y/o la sucesión entre grupos empresariales, como la adquisición de participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo,
- d) Incumplimiento sistemático de los requerimientos de la ITSS para la presentación de documentación empresarial,

por reputarlas conductas eventualmente defraudadoras pero capaces de cumplir con el requisito de presentación de los documentos de cotización.

²² *La experiencia forense mostraba casos recurrentes de empresas o sociedades que para eludir sus obligaciones para con la Tesorería General, procedían a dar de alta a todos sus trabajadores en el Sistema, dejando impagadas las cuotas correspondientes -posibilidad que el propio sistema de declaración y cotización permite-, consiguiendo posteriormente, a través de un mecanismo de sucesión de empresas consistente en dar de alta de otra nueva empresa con la misma actividad a los mismos trabajadores , y así sucesivamente, burlando la actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva.*

²³ Cif. SSAP Murcia 8.2.2011 o Barcelona 12.9.2013.

4.5.2.- Problemas concursales en los delitos de los Arts. 307 y 307bis

Íntimamente relacionado con lo dicho en el anterior ordinal aparece el problema de la concreta y correcta tipificación de todas las posibles y distintas conductas fraudulentas y productoras de perjuicio en la cantidad típica a la Seguridad Social, por las implicaciones que ello pueda tener en el objeto de la instrucción.

Así, debe atenderse en primer lugar a la cuestión de la tipificación de las conductas que incluyendo una completa y correcta cotización sin posterior pago, revisten algún tipo de elementos defraudatorios – cif. supuestos citados-, que hasta la reforma operada por la LO 7/2012, de ser posteriores al momento consumativo del delito, se había entendido que no eran constitutivas de defraudación a la Seguridad Social, radicándose de ordinario en sede de apropiación indebida y/o insolvencia punible.

En este sentido, la experiencia demuestra la frecuencia de supuestos de descuento de la cuota obrera a los trabajadores sin posterior ingreso en la Seguridad Social por parte del empresario, lo que lleva a plantear la compatibilidad de los delitos de los Arts. 307 y 307 bis CP con el delito de apropiación indebida del art. 253 CP, cuestión no resuelta de forma unánime en la doctrina, existiendo posiciones que sostienen que los arts. 307 y 307bis se refieren a la cuota empresarial mientras que respecto de la cuota obrera entraría en juego el delito de apropiación indebida, en tanto que otras posiciones aducen que los arts. 307 y 307 bis se refieren a las cuotas de la Seguridad Social sin realizar distinción alguna, por lo que deben entenderse incluidas tanto la empresarial como la obrera, posición en la que nos afirmamos, entre otras y principalmente, por la razón que la otra posición limitaría el castigo de las defraudaciones de la cuota empresarial a las que superaren el listón de 50.000 Euros, en tanto que la defraudación de la cuota obrera sería siempre típica, incluso aun cuando no alcanzara los 400 Euros. Dogmáticamente, implica resolver el concurso de leyes planteado en favor de los delitos de los Arts. 307 y 307 bis, ello en virtud del principio de especialidad del Art. 8.1 del Código Penal.

La misma experiencia demuestra cierta casuística tendente a alojar las deudas sociales en personas jurídicas que no tienen ni han tenido patrimonio en ningún momento o a las que en previsión de eludir su pago se descapitalizan o despatrimonializan, conductas que hasta la reforma indicada se habían alojado en sede de insolvencias punibles pero que desde el nuevo tenor de los artículos 307 y 307 bis del código Penal entendemos que por el mismo principio de especialidad citado deben radicarse ahora en dichos delitos por ser su objetivo final, cabalmente, el fraude a la Seguridad Social. Igualmente, es obligado considerar el concurso de los delitos objeto de estudio

con los delitos de falsedad (en documento oficial o mercantil cometido por particular), pues cuando la defraudación a la Seguridad Social es activa se realizará, de ordinario, presentando un documento de cotización mendaz, haciendo constar menos trabajadores, aplicando deducciones indebidas, ocultando datos que permitan cuantificar exactamente la cuantía de la cuota o, incluso solicitando devoluciones de cuotas con omisión, ocultación o alteración de los datos que permitieren su obtención, precisando que la eventual falsedad documental a la que aludimos debe entenderse en sentido estricto, referida exclusivamente a la documentación indispensable para defraudar -documentos de cotización, recibo de salarios, etc.-, en tanto que instrumentos indispensables y habituales para la realización del delito. En estos casos, de manera análoga a la jurisprudencia establecida a propósito de los delitos contra la Hacienda Pública, deben considerarse estas falsedades como instrumentales en la medida que el sistema de autocotización comporta necesariamente la presentación de dichos documentos, cuya falta de verdad es precisamente el elemento rector de los delitos contra la Seguridad Social, , quedando portanto subsumidos en el delito que se castiga con dichos preceptos- con independencia incluso de si dicha conducta es típica o no-. Por el contrario, las falsedades documentales que no revistan este carácter de instrumentalidad, deberán ser castigadas en concurso medial con el delito contra la Seguridad Social -conducta que como veremos y anticipándonos en parte a lo que se dirá es probable que se dé con mayor frecuencia en el supuesto del artículo 307 ter del Código Penal-.

Los delitos contra la Seguridad Social pueden a su vez concurrir con las conductas tipificadas en el artículo 311 del Código Penal. artículo a su vez con nueva redacción desde la LO 7/2012, de 27 de diciembre , que resumidamente castiga conductas como, a) dar ocupación a una pluralidad de trabajadores; b) que lo sea de forma simultánea; c) sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda; d) y siempre que el número de trabajadores lo sea en, al menos, más del 50 por 100, al tratarse de una empresa que ocupa a más de 10 y no más de 100 trabajadores; elementos que en este caso estimamos que no han quedado acreditados. Dicho supuesto entendemos que integrará un concurso real de delitos, en la medida que los bienes jurídicos protegidos por unos y otros presento son distintos, en los Arts. 307 y 307 bis el patrimonio de la Seguridad Social en tanto en el Art. 311 los derechos de los trabajadores, lo que permite a nuestro juicio castigar al unísono ambas conductas sin violar el principio non bis y midan.

Finalmente, la realización de conductas propias de los artículos 305 y 305bis CP con la de los delitos contra la Seguridad Social -es dable pensar que la defraudación se extienda a los distintos organismos públicos con los que el empleador tenga relación- dará lugar igualmente a la apreciación de un concurso real de delitos del artículo 70 CP.

4.5.3.- Problemas en el delito del Art. 307 ter del Código Penal

Distinto es el caso del delito del art. 307 ter del Código Penal, pues este delito, a diferencia de los anteriores no protege la obtención de recursos por la Seguridad Social sino sus gastos o prestaciones, sancionando en su modalidad básica a 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.

De su tenor y de la evolución legislativa, resulta intuitiva la problemática concursal de este delito con el delito de fraude de subvenciones del Art. 308 del Código Penal. En este sentido, la Exposición de Motivos de la L.O. 7/2012 de 27 de Diciembre afirmaba que la inclusión del Art. 307 ter proporciona un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social. En idéntico sentido, la doctrina ha señalado que la reforma operada por la citada Ley responde al objetivo de extraer las conductas fraudulentas en relación a las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito del artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones, tipo al que las había reconducido la Jurisprudencia desde el APNJTTS de 15 de febrero de 2002²⁴, especialmente cuando las defraudaciones afectaban al subsidio de desempleo. En este contexto, consideramos que el nuevo artículo 307 ter se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto a los delitos de fraude de subvenciones en conductas que afecten al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones, con la ventaja adicional de prescindir de la condición objetiva de punibilidad -cuantía en Euros de la defraudación- que integra el art. 308 del Código Penal.

Las mismas consideraciones de especialidad entendemos deben aplicarse a la consideración como estafa de dichas conductas defraudadoras frente a la Seguridad Social - donde hasta la LO 7/2012 la Jurisprudencia había residenciado este tipo de conductas cuando versaban sobre pensiones - cif. SSTS 9.6.2003, 15.7.2004 o 13.7.2012-. Sin embargo, la reciente STS 22.3.2018 no descarta la aplicación de alguna modalidad de estafa -en el caso, la estafa procesal del Art. 250.1.7 del Código Penal²⁵-, señalando que en tales supuestos

²⁴ Acuerdo de Pleno del tenor: "El fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del CP".

²⁵ En el caso, la obtención de la prestación vino precedida de la interposición de una mendaz demanda ante un Juzgado de lo Social que fue estimada y determino la posterior concesión de la prestación. , considerando el Tribunal que con ello se ofendió también el normal funcionamiento de la administración de justicia.

podría existir un concurso medial de delitos.

Otra cuestión importante en la instrucción de este tipo de presuntos delitos se refiere al momento en el que ha de entenderse cometido el delito, esto es, si se cometió en el momento en que los trabajadores fueron dados de alta en la Seguridad Social o cuando se produce el inicio del disfrute efectivo de las prestaciones o su prolongación indebida. La STS 18.5.2020 se ocupa de la cuestión, señalando que el momento en que se defrauda a la Seguridad Social es el momento en que se producen las prestaciones indebidas, señalando que la consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos, hecho que suele coincidir en los delitos de resultado con la producción del resultado lesivo. Y en el caso, siendo el objeto material del delito las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, sobre el que se proyecta la conducta dirigida a la obtención efectiva e indebida de tales prestaciones, el resultado típico es la concesión efectiva de la prestación con el consiguiente perjuicio a la Administración Pública.

Y finalmente, de manera análoga respecto de lo expuesto en el Art. 307 y 307 bis CP, debe señalarse la frecuente comisión de este delito asociado con conductas falsarias documentales. Como decíamos antes, piénsese en aquellos supuestos en los que el solicitante no se limita a faltar a la verdad en la narración de los hechos que actúan como presupuestos habilitantes del cobro de una prestación fraudulenta, sino que apoya su pretensión en documentos previamente falsificados, sea por el mismo solicitante o por alguien a su instancia, pero siempre para su utilización ante la Administración. Y al igual que allí, consideramos que el desvalor de la conducta sería abarcado en su integridad por el art. 307 ter operando la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP en la falta de verdad del solicitante - con independencia incluso de si dicha conducta es típica o no-, en tanto que la simulación o tergiversación de hechos que se ejecuta mediante la afectación del bien jurídico protegido por el delito de falsedad, debe llevar a ambos ilícitos por separado pero en relación de concurso medial ex Art. 77.3 del Código Penal.

4.5.4.- El objeto de la defraudación

Sentado que en delito estudiado el Derecho Penal es un instrumento reactivo para sancionar aquellas conductas que valiéndose de artificios o engaños, defraudan a la Seguridad Social en las cantidades que el legislador ha estimado relevantes para imponer una sanción penal, y dejando para la actividad sancionadora administrativa, las defraudaciones que estén por debajo del límite marcado, obviamente, una de las finalidades de la instrucción, será determinar la cantidad presuntamente defraudada a la Seguridad Social, cuestión no tan

sencilla como a priori pudiere parecer.

Ello porque los arts. 307 y 307 bis CP hablan de “*pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta...*”, “*... devoluciones de las mismas (cuotas)...*” y “*... deducciones (de las cuotas) por cualquier concepto...*”, en general y sin especificar, en tanto que la normativa social distingue entre cuota empresarial y cuota obrera, y añade lo que denomina conceptos de recaudación conjunta, esto es, primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, aportación al Fondo de Garantía Salarial y cuotas para formación profesional y desempleo. Así también establece conceptos como recargos -por mora y por apremio- e intereses legales, planteándose cuales de estos conceptos pueden integrar la defraudación típica y cual, todo lo más, integrar la responsabilidad civil ex delicto.

Al respecto, la STS 19.11.2004 incluyó como tales las dos cuotas citadas y las primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, la aportación al Fondo de Garantía Salarial y las cuotas para formación profesional y desempleo, así como cualesquiera otras que puedan establecerse en el futuro, razonando en el mismo sentido la STS 19.5.2006 tras señalar que carecería de todo fundamento suponer que el legislador sólo ha querido establecer una protección meramente parcial de un patrimonio oficial de singular significación en la realización de la política social del Estado, y que no sería justificable que quien incumple deberes de solidaridad social se vea beneficiado con el uso gratuito de sumas de dinero ajeno que, de haber obtenido mediante un préstamo hubiera tenido que retribuir mediante pago de intereses, establece 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.

Por nuestra parte, en contra lo que se sostiene en dichas sentencias, entendemos que no pueden incluirse las cantidades procedentes de los recargos de mora, de apremio e intereses como constitutivas de conceptos de recaudación conjunta. Indudablemente el legislador, ante la variedad y variabilidad de los distintos regímenes de afiliación a la Seguridad Social, no ha querido cerrar el tipo penal mediante la enumeración de un numerus clausus de obligaciones de cotización, pero parece razonable ceñir la represión penal a la elusión de las obligaciones sociales sin ampliarla a lo que son meras consecuencias administrativas de su incumplimiento. El argumento utilizado en la sentencia referida relativo a que el legislador no puede haber querido establecer una protección parcial del patrimonio de la Seguridad Social, que no incluyera recargos e intereses,

no resulta definitivo si se somete a la comparación con los delitos contra la Hacienda Pública, donde ninguna referencia se hace a recargos o intereses, sin que quepa pensar que el Legislador estime que merecen menor protección las arcas de la Hacienda Pública que las de la Seguridad Social. Además, si se admite la inclusión de intereses, del tipo que fuere, se estaría llevando al día de la elaboración de la certificación de descubierto por la Tesorería el momento de consumación del delito, lo que, además de hacer depender tal circunstancia de un tercero distinto del autor, resulta inadmisibles por afectar al principio de seguridad jurídica el cual es especialmente exigible en el ámbito penal. El problema se plantea probablemente porque, a diferencia de las autoliquidaciones de impuestos periódicos -como el IVA-, en la Seguridad Social no se produce una declaración resumen anual, sino que las empresas presentan mensualmente sus boletines de cotización, de manera que si hay algún tipo de incumplimiento como, por ejemplo, su falta de pago, inmediatamente se generan los correspondientes recargos e intereses, sin que haya que esperar a que acabe el año; razón por la que cuando la Seguridad Social emite el correspondiente certificado computa todas esas cantidades. Sin embargo, insistimos, el delito es por fraude en las cotizaciones y sólo las cantidades estrictamente correspondientes a este concepto deben ser computadas para integrar la cuota delictiva, siendo el resto de cuantías mera consecuencia del incumplimiento y sirviendo, en su caso, para integrar la responsabilidad civil derivada del delito.

Por lo que respecta al modo de determinación de la deuda, a diferencia de la diversidad de métodos contemplados en la legislación tributaria -que contiene criterios difíciles en ocasiones de ajustar a las exigencias del proceso penal-, la deuda social se determina por un único método, consistente en la simple comprobación de que las sumas correspondientes y/o retenidas no fueron oportunamente ingresadas, según certificación del organismo recaudador, que en todo caso deberá adecuarse a las normas de cotización aplicables. De ahí que, aun referida a un delito fiscal, sea aplicable lo manifestado por la STS 21.12.2001 en cuanto a que en la determinación de la cuota defraudada deberá acudirse a las reglas del Derecho Administrativo, en tanto que las restantes cuestiones de hecho se rigen por el sistema probatorio propio del proceso penal-.

En esta misma sede debe atenderse a la cuestión del tiempo en que debe generarse la deuda típica. Así, en la redacción anterior a la LO 7/2012 se establecía que debía estarse a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquellas correspondieren a un periodo inferior a doce meses, en tanto que la nueva redacción introduce en el particular dos modificaciones esenciales, una, la supresión a la referencia a cada una de las liquidaciones, y la segunda y

fundamental, que el periodo computable pasa a ser de cuatro años naturales²⁶, operándose de ello una desvinculación del elemento temporal “ año natural “, bastando con alcanzar, para un mismo obligado social, la cuota típica en el lapso indicado de cuatro años sin que sea exigible que las cotizaciones defraudadas sean sucesivas ni correlativas, y siendo perseguible la conducta en el momento en que se alcance la cuota típica de 50.000 Euros, sea cual sea el momento dentro del lapso de cuatro años en que ello suceda, y sin tener que esperar a plazo o término preestablecido alguno. Regulación con evidentes e importantes efectos en la eventual prescripción de la responsabilidad penal - que se abordarán en otra sede-.

De ello resulta como ha señalado la Doctrina que lo que principio parece una minoración de las exigencias típicas - pues la cuota defraudada pasa de 120000 a 50000 euros-, deviene en puridad una agravación para el defraudador al permitirse acumular las cantidades defraudadas durante cuatro años, a los efectos de computar ese límite ahora rebajado de 50000 euros, convirtiendo en delito defraudaciones que con la redacción anterior no llegarían a serlo. Inversamente, la redacción impide la posibilidad de estimar un concurso real de delitos por periodos anuales como si permitía la anterior regulación, sin perjuicio de aplicar en su caso, el supuesto del Art. 307 bis CP de alcanzar la defraudación el importe allí señalado.

4.5.5.- Valor en el proceso de los documentos del sistema de la Seguridad Social. Específicamente, el sistema RED.

Una Jurisprudencia que por reiterada cabe considerar axiomática - cif. SSTC 327/81, 165/90, 82/92 o 21/93 entre otras- señala que la presunción de inocencia se asienta sobre dos pilares esenciales, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde a los Jueces y Tribunales, y que la actividad probatoria sea suficiente para destruir dicha presunción, para lo cual es necesario que la practicada lo sea tanto respecto a la existencia del hecho punible, como a todo lo atinente a la participación en él del acusado, debiendo fundamentarse la sentencia condenatoria en auténticos actos de prueba, recayendo sobre la parte acusadora la carga probatoria, que debe ser suficiente para desvirtuar dicha presunción constitucional, así como que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el acto del juicio oral, de forma tal que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por

²⁶ Recordando, el tenor de dicho Art. 307.2 CP: “A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales”.

las partes.

Si ello lo ponemos en relación, con que, sin perjuicio de la presencia de otros, un documento presente en todo procedimiento por presunto delito contra la Seguridad Social será/n la/s liquidaciones de deuda que emita la Seguridad Social en orden a acreditar la superación de los límites típicos de deuda, surge intuitivamente la cuestión del valor de dicho/s documento/s en el procedimiento penal – tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral-, especialmente visto que la Jurisprudencia niega incluso el valor de prueba a las diligencias practicadas en instrucción para ceñirlo al de diligencias de investigación.

Documentos que, en tanto y cuanto que oficiales, gozan de la presunción de veracidad dispuesta en el Art. 23 de la Ley 23/2015, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²⁷ y en la Disposición Adicional 6ª del Reglamento General de Recaudación²⁸, lo que avanzamos no impide que puedan ser cuestionados en juicio y que sus emisores deban responder de cuanto al respecto se les inquiera sobre su certeza. Ello porque la formulación legal vista no puede ser entendida en su sentido literal, de manera que esa presunción de certeza obligue al sujeto acusado/investigado a probar que no realizó las maniobras defraudadoras o incluso, que no eludió el pago de la cuantía que consta en las mismas, pues ello iría en contra del principio de presunción de inocencia proclamado en el art. 24 de la CE al corresponder a la acusación probar el hecho punible. Al respecto, el Tribunal Constitucional en su fundamental STC 76/90 de 26 de abril analizando un precepto similar como es el Art. 145.3 de la Ley General Tributaria – ciertamente, en un delito contra la Hacienda Pública, pero que entendemos extrapolable a los delitos estudiados-, estableció que cabe considerar que dichos documentos contienen la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una noticia criminis para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrán el valor probatorio que como prueba documental el juez penal libremente aprecie.

27 Artículo 23. Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados.

El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como consecuencia de comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables.

No se verá afectada la presunción de certeza a que se refieren los párrafos anteriores por la sustitución del funcionario o funcionarios durante el periodo de la actuación inspectora, si bien se deberá comunicar en tiempo y forma a los interesados dicha sustitución antes de la finalización de aquella, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

28 La disposición adicional 6ª del Reglamento General de Recaudación ordena a los funcionarios de la Inspección de Trabajo y SS que formalicen en un único documento el acta de infracción (por infracción grave) y el acta de liquidación. Dice el apartado cuarto de esta disposición adicional 6ª: «Las actas de infracción y liquidación en documento único tienen naturaleza de documento público y gozarán de la presunción de certeza regulada en el artículo 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social».

Y en el mismo sentido entendemos debe resolverse respecto de las actas de Infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya presunción de certeza se recoge en el Art. 53.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, no puede desplegar otros efectos en el proceso penal que los indicados, desde la STC 76/1990 de 26 de abril, que señaló respecto del valor probatorio de las Actas de Inspección “... *el Acta de inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una noticia criminis suficiente para la apertura del proceso penal, dentro del cual y ya en fase de juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el Juez penal libremente aprecie con respecto a todos los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución ...*”, en sintonía con la STS 4.6.2002, que indicó que pese a su importancia, por los conocimientos especializados y cualificada competencia técnica de sus autores, dichas actas “...no constituyen propiamente una verdadera prueba documental habilitante del cauce procesal establecido en el art. 849.2 ...”.

En este sentido, la jurisprudencia exige que dichas actas, para destruir la presunción de inocencia en sede judicial, reúnan los siguientes requisitos:

1. Que realicen una actividad probatoria, no bastando con que el funcionario actuante relate unos hechos, sino debiendo fundamentarlos de algún modo.
2. Que excedan de las meras apariencias, tampoco bastando con que el funcionario tenga la sospecha de que concurre una infracción,
3. Que sea la autoridad administrativa quien ostente la carga de la prueba, es decir, que la presunción de certeza de las actas probatorias es una prueba de cargo: cambia la persona sobre la que recae la carga de la prueba,
4. Que el acta se limite a consignar hechos directamente corroborados por el funcionario, de modo que no se extiende esta presunción sobre las calificaciones, juicios de valor y opiniones.

Específicamente, en cuanto a la utilización del sistema RED en el sistema de la Seguridad Social²⁹, debe partirse de que normalmente, no existiendo por tanto presentación física de documentos sino meramente telemática, no existirán copias de dichos documentos –en el mejor de los casos, meras impresiones– que en todo caso entendemos caben perfectamente como tales bajo la amplia rúbrica del Art. 26 del Código Penal que entiende por tal “... todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica ...”

4.5.6.- Participación delictiva.-

Pese a hallarnos ante un delito especial propio – que sólo puede ser cometido

²⁹ El sistema RED es un Servicio que ofrece la TGSS a las empresas, agrupaciones de empresas y profesionales cuya misión es permitir el intercambio de información y documentos entre la Tesorería y los usuarios a través de Internet.

por quienes son obligados sociales y concretamente en el régimen general, por el empresario según el Art. 142 TRLGSS 8/2015³⁰, será frecuente encontrar casos de coautoría y cooperación necesaria – de hecho, ya específicamente contemplados en el caso del Art. 307bis CP– lo que obviamente deberá ser objeto de investigación en la fase de instrucción.

Intimamente relacionado con lo expuesto, en los casos de participación delictiva puede aparecer la cuestión de la relevancia penal de la ignorancia deliberada, definida por la STS 1637/1999, de 10 de enero de 2000 como la conducta de quien sin conocer los detalles concretos está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y que por tanto debe responder de sus consecuencias, pues en tales supuestos el autor se representa siquiera a título de dolo eventual la antijuricidad de su conducta y, sin embargo actúa validando la conducta desarrollada por terceros en su nombre.

Específicamente, la experiencia muestra la frecuencia de supuestos de actuación de personas que actúan en nombre y representación de personas jurídicas, y la de testaferros u “hombres de paja”. Por lo que respecta a estos últimos, entendidos como las personas que prestan su nombre a otras en un contrato, pretensión o negocio, encubriéndola u ocupando el lugar de aquélla -cif. STS 18/10/2004- se plantea la cuestión de su responsabilidad penal, lo que deberá resolverse en función de sus niveles de conocimiento sobre la ilicitud del hecho, pudiendo existir, como extremos, supuestos de plena conciencia de estar realizando una conducta típica o colaborando en su realización y supuestos de absoluta falta de representación de que se está contribuyendo a la ejecución de un hecho delictivo -ejemplos habituales de utilización de ancianos, personas con facultades mentales disminuidas o analfabetos que suscriben todo lo que se les da a firmar-, pudiendo obviamente darse situaciones intermedias, pero siempre partiendo de la base que el mero dato formal de figurar como administrador de derecho no es suficiente para la responsabilidad penal, debiendo ostentarse, el control de hecho de la empresa, y de que el derecho exige al autor ser imputable, esto es, ser capaz, por lo menos potencialmente, de reconocer la antijuricidad y de determinar su voluntad conforme a este conocimiento posible. Cabe, pues,

³⁰ Artículo 142. Sujeto responsable

1. El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad.

Responderán, asimismo, solidaria, subsidiariamente o mortis causa las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los artículos 18 y 168.1 y 2.

La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión. Se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que presten servicios por cuenta del empresario anterior.

En caso de que el empresario sea una sociedad o entidad disuelta y liquidada, sus obligaciones de cotización a la Seguridad Social pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital, que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere adjudicado.

considerar que el sujeto deviene obligado a un esfuerzo de conciencia, hasta el punto de que debe emplear toda su potencia intelectual para conocer y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante la reflexión y, si fuese necesario, dejándose aconsejar, debiéndose estar, para determinar el grado y alcance de dicha potencialidad de reconocimiento, como criterio principal, al entorno personal del sujeto activo.

Y por otra parte y fundamental, la condición de sujeto obligado a la cotización de personas jurídicas obliga a traer a colación lo dispuesto en los Arts. 31 – responsabilidad penal de los representantes de las personas jurídicas³¹– y 31bis – responsabilidad penal de las propias personas jurídicas³²–del Código Penal.

Por lo que respecta al Art. 31 CP, el precepto persigue obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que nos hallamos ante un supuesto de autoría en nombre de otro, siendo preciso que el sujeto al que se le quiera aplicar haya actuado como autor en el sentido del párrafo primero del art. 28, faltándole tan sólo la concreta condición (de dueño, deudor o acreedor) exigida por el correspondiente tipo, habiendo de concurrir por lo demás tanto el dolo, como el dominio del hecho, actuación contra el fin de la norma, y todo aquello que determine el título de imputación (STS 11/03/2004). A través de la regla del art. 31 CP el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre y representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si esas circunstancias se dan en la persona jurídica por la que se actúa. Intimamente relacionado con ello resulta la frecuente utilización en el ius fori de la teoría del levantamiento del velo, con

31 Art. 31: *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

32 Art. 31bis: En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

sus requisitos jurisprudenciales habituales-cif. SSTS 29.9.2005 o 6.10.2006 ³³⁻.

Por su parte, el art. 31 bis CP establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de comisión por éstas de un delito contra la Seguridad Social -con penas potencialmente importantes para la persona jurídica ³⁴⁻, al margen y en paralelo con la concreta responsabilidad penal de las personas físicas que las dirigen, fundando el reproche penal a estas en la exigencia de un debido control por parte de los representantes legales, que conlleva - resumidamente-:

- El establecimiento por el órgano de administración, de un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos,
- La creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado,
- La identificación -mapa de riesgos delictuales- de las actividades de la empresa en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos,
- La implantación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos,
- La puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser

33 Se entresaca; “ ... En la actualidad, se considera admitido que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y contraria a derecho, los tribunales pueden prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, penetrar en la interioridad de la misma, “levantar su velo”, a fin de examinar los reales intereses que laten en su interior, es decir, adentrarse en el substratum de la persona jurídica para poner coto a los fraudes y abusos que bajo el manto protector de esta figura se puedan cometer, y de esta manera, alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura; no obstante, si algo caracteriza a esta doctrina son sus limitaciones ya que sólo deber ser una técnica utilizada por los jueces de forma excepcional.

34 *Penas que pueden comprender:*

Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

- Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310 CP.
- 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.
- Prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.
- Y en atención a las reglas establecidas en el artículo 66 bis CP, los Jueces y Tribunales podrán imponer las penas previstas en el artículo 33. 7 b) a g) CP, siguientes:
 - Disolución de la persona jurídica.
 - Suspensión de sus actividades.
 - Clausura de sus locales y establecimientos.
 - Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
 - Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
 - Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

prevenidos,

- La obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención,
- El establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo,
- La verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Aspectos todos ellos que deberán ser cubiertos por la investigación – especialmente, mediante una pericial sobre la *compliance*–, sin dejar de tener presente cuanto sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se contiene en la fundamental STS 29.2.2016³⁵, y la posibilidad de prescindir de la persecución de las personas jurídicas cuando estas son meramente instrumentales al delito, sin existencia ni actividad propias.

La eventual responsabilidad penal de los administradores personas físicas o de la propia persona jurídica comportara, según los arts. 116 y 120 la responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110, todos del Código Penal, de forma solidaria o subsidiaria, según los casos³⁶, con las personas físicas

³⁵ De dicha STS 29.2.2016 se entresaca :

- “ ... Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa existen tres categorías de personas jurídicas:
- Sociedades que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables,
 - Sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas “instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.
 - 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. Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único, por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo. de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta...”

³⁶ Al poder ser ahora la persona jurídica también responsable penal en relación con unos delitos determinados, su responsabilidad civil será en esos casos directa y solidaria con la de las personas físicas responsables por los mismos hechos, aunque esto último sólo en los supuestos en que dicha persona física haya llegado a identificarse y condenarse, lo que no se requiere para exigir responsabilidad criminal –ni civil– a la persona jurídica. La responsabilidad civil directa de

que fueren condenadas por los mismos hechos. Responsabilidad civil que se extenderá igualmente a los supuestos previstos en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, que establecen la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las deudas de los contratistas y subcontratistas con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata, salvo que habiendo solicitado aquella certificación la Tesorería General de la Seguridad Social no la hubiere librado por escrito en el término de treinta días improrrogables, y que estimamos aplicable al caso de comisión por aquellos de un delito de defraudación a la Seguridad Social.

Igualmente en esta sede debe atenderse a la posibilidad - ya citada supra- de sucesivas constituciones de sociedades con vínculos entre ellas, lo que puede llevar a la apreciación de un grupo con personalidad jurídica propia, aplicando para ello la Jurisprudencia en la materia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Finalmente, señalar que el nuevo delito de fraude en las prestaciones de la Seguridad Social, al determinar la persecución de todos los fraudes cometidos por no establecer límite económico mínimo a su consideración como delito puede provocar la existencia de procedimientos con numerosos implicados -recuérdese, procedimientos por fraude al PER- con las dificultades inherentes a ello para su correcto manejo procesal.

la persona jurídica a que se refiere el apartado tercero del art. 116 se deriva pues, ciertamente, de su propia responsabilidad criminal, pero sigue siendo una responsabilidad civil por hecho ajeno, pues ajeno es el hecho delictivo por el que se imputa responsabilidad penal a la persona jurídica en el art. 31 bis CP.