

LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL (y II).

DELIA GHIURCA GRUITA
ABOGADA ICAB

INDICE(y II)

4.- Fase de Investigación: D. Previas

(.../...)

4.6.- Pluralidad estructural de acusaciones

4.7.- Diligencias (singulares) de instrucción:

4.7.1.- Derecho a no inculparse y aportación de documentos.

4.7.2.- Supuestos de testigo o Abogado luego investigado.

4.7.3.- Pericial: Intervención de funcionarios de la Seguridad Social como peritos o testigos-peritos.

4.7.4.- Diligencia de Entrada y Registro: Objeto. Consentimiento. Caso concreto de registro en Despachos de Abogados

4.8.- Auxilio Judicial Internacional

4.9.- Procedimiento dirigido contra personas jurídicas

4.10.- Aseguramiento de responsabilidades civiles

5.- Regularización y reparación del daño

6.- Cómputo e interrupción de la prescripción

7.- Fase intermedia: Procedimiento abreviado

8.- Bibliografía complementaria

En el anterior número de esta Revista publicamos la primera parte de este estudio, que por razón de su extensión continuamos en el presente en el punto en que terminó aquel.

4.6.- Pluralidad estructural de acusaciones

Ciertamente, la pluralidad de acusaciones concurrentes en este tipo de delitos es una de sus características propias, pues de ordinario confluirán las acusaciones, pública -ejercitada por el Ministerio Fiscal según el Art. 105 LECRIM-, particular -ejercitada por cualquiera de las entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades de naturaleza pública, que conforme a la ley integran la

Administración de la Seguridad Social ex Arts. 109 LECRIM, 21 RDL 8/2015 ¹y 551 LOPJ² -, eventualmente, popular ex Art. 125 CE , 19 LOPJ y 113 LECRIM - con aplicación de lo dispuesto en la STC 154/1197 respecto de una única representación y defensa técnica si son varias-, a lo que hay que añadir la actuación de oficio del Juez de Instrucción.

4.7.- Diligencias (singulares) de instrucción:

Más allá de la remisión a la LECRIM en cuanto a la práctica de las diligencias de instrucción a que haya lugar, la experiencia demuestra la recurrencia de la práctica de determinadas diligencias con específicas problemáticas, que por ello conviene abordar, señalando como tales:

4.7.1.- Derecho a no inculparse y aportación de documentos

De manera general en cualquier caso por delito, puede darse el caso de que se requiera al acusado la aportación de documentación capaz de inculmarle. La solución a ello es la misma que para cualquier otro delito y es el amparo de la negativa del acusado a aportarla en ejercicio de su derecho constitucional a no inculparse, citando por todas la STC 161/1997 en cuanto a la obligación del investigado de colaborar con el órgano judicial y su derecho a no inculparse³,

1 Artículo 21.

1. La Tesorería General de la Seguridad Social, como caja única del sistema de la Seguridad Social, llevará a efecto la gestión liquidatoria y recaudatoria de los recursos de esta, así como de los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de la Seguridad Social, tanto en período voluntario como en vía ejecutiva, bajo la dirección y tutela del Estado.

2. El ejercicio de la función liquidatoria se efectuará sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas sobre la materia la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, respecto a determinados recursos distintos a cuotas, otros organismos u órganos administrativos.

2 Artículo 551

1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre , de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo.

La representación y defensa de las entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades de naturaleza pública, que conforme a la ley integran la Administración de la Seguridad Social, sin incluir, en consecuencia, la de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, integrados en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, tales funciones puedan ser encomendadas a Abogado colegiado especialmente designado al efecto.

3 Según dicha STC, este derecho comprende:

Interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo,

- La compulsión a la aportación de elementos de prueba que puedan tener valor inculminatorio contra el compelido, comprende solamente las aportaciones que puedan tener contenido directamente inculminatorio,
- No alcanza a integrar un derecho que permita sustraerse a las diligencias de prevención, indagación o de prueba

y que la STS 154/2016 extiende amparando a las personas jurídicas de igual forma que lo hace a las personas físicas.

La cuestión se planteará normalmente respecto de la documentación eventualmente aportada en la fase preprocesal o administrativa en sentido estricto y que unida al expediente administrativo es remitida al órgano penal, al amparo de lo dispuesto en el Arts. 18 de la Ley 23/2015 ⁴que establece la obligación de colaborar con la Inspección Laboral bajo amenaza de sanción.

En este punto conviene tener presente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación- ha señalado que el derecho a no inculparse forma parte del núcleo de la noción de proceso justo. Derecho que presupone que las autoridades han de probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada, proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades -cif. SSTEDHU 3.5.2001, 8.2.1996, 20.10.1997-, señalando la estrecha vinculación de este derecho con la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio. Concretamente, en la STEDH de 17.12.1996, caso Saunders c. Reino Unido, el Tribunal anuló las condenas impuestas al Sr. Saunders con

que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas.

4 Artículo 18.

1. Los empresarios, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden social, están obligados cuando sean requeridos:

a) A atender debidamente a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social y a los Subinspectores Laborales.

b) A acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo.

c) A colaborar con ellos con ocasión de visitas u otras actuaciones inspectoras.

d) A declarar ante el funcionario actuante sobre cuestiones que afecten a las comprobaciones inspectoras, así como a facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones. Quienes representen a los sujetos inspeccionados deberán acreditar documentalmente tal condición si la actuación se produjese fuera del domicilio o centro de trabajo visitado.

2. Toda persona natural o jurídica estará obligada a proporcionar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social toda clase de datos, antecedentes o información con trascendencia en los cometidos inspectores, siempre que se deduzcan de sus relaciones económicas, profesionales, empresariales o financieras con terceros sujetos a la acción inspectora, cuando a ello sea requerida en forma. Tal obligación alcanza a las entidades colaboradoras de los órganos de recaudación de la Seguridad Social y a las depositarias de dinero en efectivo o de fondos en cuanto a la identificación de pagos realizados con cargo a las cuentas que pueda tener en dicha entidad la persona que se señale en el correspondiente requerimiento, sin que puedan ampararse en el secreto bancario. La obligación de los profesionales de facilitar información no alcanza a aquellos datos confidenciales a que hubieran accedido por su prestación de servicios de asesoramiento y defensa o con ocasión de prestaciones o atenciones sanitarias, salvo conformidad previa y expresa de los interesados. El incumplimiento de estos requerimientos se considerará como infracción por obstrucción conforme al texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Reglamentariamente se determinará la forma y requisitos aplicables a los referidos requerimientos.

apoyo en las declaraciones que éste formuló bajo coacción en el curso de un procedimiento administrativo, en particular, el seguido por los Inspectores de Comercio e Industria británicos.

Sin embargo, la Jurisprudencia española ha sido mucho más tibia con la cuestión. Así, la STC 18/2005, en un supuesto de amparo solicitado tras condena por un delito contra la Hacienda Pública a partir de la documentación aportada en requerimientos preprocesales y que entendemos extrapolable al estudiado, lo denegó bajo el argumento de que dichos requerimientos se habían efectuado a la mercantil de la que el penado era administrador, pero no a este como persona física, eludiendo cualquier mención a que hubiere ocurrido si los requerimientos hubieran sido practicados directamente a la persona física. Por su parte, la STS 4.3.20014 señaló que la garantía de la no autoincriminación del art. 24.2 CE no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas, ya que la configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva.

4.7.2.- Supuestos de testigos o Abogados luego investigados

Las especiales características de este delito comporta con más frecuencia que en otros ilícitos penales los supuestos en los que iniciales testigos o abogados defensores pasan luego a tener la consideración de investigados. Al respecto son ejemplares las SSTS 2.10.2017 y 12.7.2018 que, partiendo de la inicial dificultad de predicción sobre si una concreta persona va resultar posteriormente inculpada en un procedimiento por delito, señalan que si implicación resulta de su propia declaración como testigo, debe procederse a su suspensión y posterior citación para que comparezca como investigado, con asistencia letrada y con lectura de derechos ex art. 520 LECRIM. Pero si ya hubiera prestado declaración como testigo y luego asume la condición de investigado, procederá la toma de nueva declaración como tal y la imposibilidad de ser tenida en cuenta la anteriormente prestada, salvo si se trató de una comparecencia voluntaria dando cuenta de la intervención de otras personas y/o aportando medios de prueba objetivables.

4.7.3.- Intervención en el proceso penal de funcionarios de la Seguridad Social como peritos o peritos/testigos.

Al hilo de la prueba pericial en este tipo de delitos, es práctica habitual⁵ que funcionarios de la Seguridad Social actuantes en la fase preprocesal - inspectora, de comprobación, ...- sean llamados al proceso en concepto de peritos o en ocasiones, con carácter mixto, como testigo-peritos, normalmente ratificando sus informes y emitiendo opiniones sobre los hechos enjuiciados y los datos que obran en la causa.

Recordando la distinción obligada entre pericial - prueba-, actas - documentos públicos que surtirán el efecto probatorio que les corresponda según se ha visto-, e informes - documentos oficiales emitidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su función, dentro de sus atribuciones competenciales, con valor de simple denuncia, salvo ratificación y contradicción en el plenario-, el peligro de dicha práctica es evidente y consiste en lo que se ha llamado previo enjuiciamiento, con el resultado del traslado al auto de acomodación a procedimiento abreviado, al de apertura de juicio oral o la sentencia de forma mimética o más disimulada de dicho testimonio/pericial, mediante la aportación por el perito de conocimientos jurídicos que como regla general deberían quedar al margen de la prueba, y de opiniones, también jurídicas, sobre la forma de interpretar o aplicar determinados preceptos, invadiendo o concurriendo con la tarea judicial.

Admitida con generalidad, la Jurisprudencia -cif. SSTS 182/2014, 486/2015, 5.10.2015 y con alguna reserva, la STS 29.5.2009- no ha considerado que implique merma de derechos del investigado al presumir la imparcialidad de los peritos y estar prevista la posibilidad de recusación de dichos peritos funcionarios públicos.

4.7.4.- Diligencia de Entrada y Registro: Objeto. Consentimiento. Caso concreto de registro en despachos de Abogados.

Aun no siendo una diligencia especialmente utilizada en las instrucciones por delito social - normalmente los trámites ante la Seguridad Social dilatan el tiempo entre impagos y procedimiento y hacen que no tenga demasiado sentido- en ocasiones se ha recurrido a la misma, siendo aplicable lo dispuesto

⁵ Así, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social ordenó al Gobierno, en su Disposición final sexta, la creación en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor la creación, en el seno de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de una Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que dependería orgánica y funcionalmente de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

en el Art.18.2 CE y Arts. 545 y ss. y 520 LECRIM – difícilmente en supuestos de flagrancia, y por tanto con consentimiento del investigado o con autorización judicial-. Cabe la posibilidad de que se diera en la fase preprocesal, ya que el Art. 13 de la Ley 23/2015, si bien no contempla propiamente una diligencia de entrada y registro, contempla una situación similar en la práctica⁶, en todo caso con algunas especialidades en cuanto al domicilio de las personas jurídicas.

Una es la consideración del domicilio aludido en la Constitución en el caso del domicilio de personas jurídicas, que la STC 69/1999 resuelve afirmativamente la cuestión señalando que son domicilios los espacios físicos que son indispensables para desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, con independencia de que sea el domicilio fiscal, la sede principal o la sede secundaria, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma, y/o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros. Inversamente, no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público, la zona de un establecimiento, empresa,

6. Artículo 13.

En el ejercicio de sus funciones, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública y están autorizados para:

1. Entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

3. Practicar cualquier diligencia de investigación, examen, reconstrucción o prueba que consideren necesario para realizar la función prevista en el artículo 12.1 y, en particular, para:

a) Requerir información, sólo o ante testigos, al empresario o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, así como a exigir la identificación, o razón de su presencia, de las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado.

b) Exigir la comparecencia del empresario o de sus representantes y encargados, de los trabajadores, de los perceptores o solicitantes de prestaciones sociales y de cualesquiera sujetos incluidos en su ámbito de actuación, en el centro inspeccionado o en las oficinas públicas designadas por el inspector actuante.

c) Examinar en el centro o lugar de trabajo todo tipo de documentación con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social, tales como: libros, registros, incluidos los programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y contabilidad; documentos de inscripción, afiliación, alta, baja, justificantes del abono de cuotas o prestaciones de Seguridad Social; documentos justificativos de retribuciones; documentos exigidos en la normativa de prevención de riesgos laborales y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a inspección. El inspector está facultado para requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas correspondientes.

Cuando los libros, registros, documentos o información que el obligado deba conservar en relación con el cumplimiento de las obligaciones, propias o de terceros, establecidas en las normas del orden social, así como cualquier otro dato, informe, antecedente o justificante con trascendencia para la función inspectora, se conserven en soporte electrónico, deberá suministrarse en dicho soporte y en formato tratable, legible y compatible con los de uso generalizado en el momento en que se realice la actuación inspectora, cuando así fuese requerido.

d) Tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al empresario o a su representante y obtener copias y extractos de los documentos a que se refiere el apartado 3.c).

4. Adoptar, en cualquier momento del desarrollo de las actuaciones, las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas a su fin, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación mencionada en el apartado anterior, siempre que no cause perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o implique violación de derechos.

5. Proceder, en su caso, en cualquiera de las formas a que se refiere el artículo 22.

etc., donde se lleve a cabo una actividad laboral o comercial, estando abierta al público, o no, y las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales, o los almacenes, tiendas, depósitos, fábricas, talleres, naves industriales, bares, etc.

Relacionado con el anterior surge la cuestión de quien tiene la facultad para otorgar válidamente el consentimiento para que la Inspección entre y registre el domicilio de la persona jurídica, que según la STC 10.2.2003 recae en quien en dicho momento ostente la representación legal de la mercantil, o ejerza labores de dirección o administración de la misma, con efectiva intervención en las decisiones de la empresa.

Consentimiento del que la Jurisprudencia aboga por una interpretación restrictiva, en el sentido de que ha de ser voluntario, libre y expreso, no tácito ni presunto o implícito, ni, por supuesto, condicionado, inducido o precedido de sugestionabilidad alguna, debiendo prevalecer la regla del dubio pro libertatis y sin que sea el obligado quien tenga que probar que no otorgó el consentimiento, sino la Administración probar que el consentimiento fue prestado válidamente, pudiendo el obligado otorgar un consentimiento a la entrada o registro domiciliario limitado o condicionado - cif. STC 10.2.2003-.

Por lo que respecta a la entrada y registro en despachos profesionales -letrados, asesores, gestores,..- antes de la STC 69/1999, el Tribunal Supremo no consideraba domicilio constitucionalmente protegido a los despachos profesionales de abogados (STS 27.6.1994), ni las gestorías ni las oficinas abiertas al público de una empresa dedicada al asesoramiento jurídico de titularidad de una persona física (STS 6.7.1995) variando dicha concepción desde la indicada sentencia. Esto no obstante, ni la LECRIM ni la legislación social contienen previsiones específicas para esta casuística y el eventual compromiso para el secreto profesional. La más reciente STS 5.12.2012, reparando en el problema, señaló que una entrada y registro en un despacho profesional puede afectar el derecho a no declarar, porque el imputado, solo con finalidad de orientar su defensa, puede trasladar al letrado aspectos de su conducta, hasta llegar incluso al reconocimiento del hecho, que puedan resultar relevantes en relación con la investigación, el derecho al secreto profesional, como derecho del letrado a no revelar los datos obtenidos en el ejercicio del derecho de defensa, y el derecho a la intimidad, pues es probable que los clientes trasladen al abogado cuestiones, observaciones o preocupaciones que excedan del derecho de defensa para residenciarse más correctamente en el ámbito de la privacidad, que solo puede ser invadido por el poder público con una razón suficiente, de ahí que la sentencia concluya que se está ante una medida que reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial

que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado – o profesional- ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales. El TEDH – STEDH Niemietz contra Alemania de 16.9.1992- señaló a su vez que la entrada y registro en un despacho de abogados, debe ir acompañada de garantías especiales en el procedimiento, basándolas en la presencia de un observador independiente, lo que enlaza con la previsión contenida en el Art. 32.2 del RD 658/2.001, de 22 de junio (EGAE)⁷.

Finalmente, debe contemplarse el supuesto de entrada para el registro de equipos de almacenamiento masivo, previsto desde la última reforma de la LECRIM operada por LO 13/2015 en sus Arts. 588 sexies a) y ss., de los que resulta que el título legitimante de la injerencia en las unidades de almacenamiento masivo ya no viene dado sin más por el auto que autoriza la entrada y registro en el domicilio en el que pueda hallarse dicha unidad, exigiéndose una motivación ad hoc, que establezca las razones de la injerencia e identifique el juicio de proporcionalidad que la sustenta, resolución que conforme al Art. 588 sexies c) LECRIM fijará los términos y alcance del registro, la realización de copias de los datos informáticos y las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial. Relacionado con ello aparece la cuestión de la cadena de custodia de la información obtenida, Doctrina y Jurisprudencia definen como el deber de asegurar y documentar la regularidad de la cadena de custodia de los elementos probatorios intervenidos para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba. Por ello, el quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por los Tribunales a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba. Especialmente, la infracción de la cadena de custodia afecta especialmente a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y en concreto en el caso que nos ocupa, al registro de equipos de almacenamiento masivo visto supra, siendo fundamental garantizar la integridad de los datos obtenidos, por su fácil manipulación y alteración. Ello ha sido objeto de interés comunitario en los mismos productos normativos y jurisprudenciales citados, que se dan por reproducidos.

In fine, la preocupación comunitaria por la cuestión de los registros en despachos profesionales, ha dado lugar a la promulgación de un Protocolo de buenas prácticas en los registros de empresas y accesos a material informático,

⁷ Art. 32.2:

Si el Decano de un colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.

por parte de la Comisión Europea al amparo de los artículos 101 y 102 del TFUE y a diversos pronunciamientos de la Justicia comunitaria ⁸.

4.8.- Auxilio penal internacional

Entra dentro de lo posible -de hecho, cada vez más en la práctica forense por la evolución de la vida económica- que durante la fase de instrucción haya que recurrir al auxilio penal internacional, por precisarse en la instrucción de la causa de la cooperación de otro Estado.

Sincréticamente, atendidos la extensión del epígrafe y centrados en la cooperación jurisdiccional internacional penal en el ámbito del delito estudiado, el régimen jurídico de dicha cooperación lo encontramos en los Arts. 276 a 278 LOPJ – sin olvidar el Art. 94 CE-, la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (cooperación pasiva ámbito UE⁹), la Ley de Extradición Pasiva 4/1985 y las disposiciones de la LECRIM (Arts. 824 – 833), que en definitiva remiten como primera fuente a los convenios que se puedan concertar, siendo estos numerosos, como se ha dicho bilaterales o plurilaterales, accesibles en su caso a través de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia. Residualmente, existe un ámbito no convencional que atiende como principio rector al de reciprocidad (Arts. 824 a 633 LECRIM-).

Los convenios suelen clasificarse desde dos criterios, objetivo y territorial. Desde el punto de vista objetivo, la distinción básica es que regulen la entrega de personas o la realización trámites procesales, y desde el punto de vista territorial acostumbra a distinguirse entre convenios de ámbito UE¹⁰ y de ámbito no UE, que en su vertiente práctica se entrecruzan.

Así, entre los convenios de ámbito UE destacan:

- Orden Europea de Detención y entrega de , establecida en la Decisión Marco

⁸ Citándose entre ellas:

• *Conclusiones del Abogado General en el asunto C-419/14 (parágrafos 110 y ss.); STJUE, caso Nemzeti Adó, de 17 de diciembre de 2015;*

Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2012 (parágrafos 118 y ss); –SSTEDH, caso Vinci Construction et GTM Genie Civil et Services c. Francia, de 2 de abril de 2015, y caso Sérvulo & Associados. Sociedade de Advogados c. Portugal, de 3 de septiembre de 2015–.

⁹ *El 2 de julio de 2018 entró en vigor la reforma operada en la ley 23/14 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que regula en su título X la orden europea de investigación. Resumidamente, la OEI es un nuevo instrumento para el reconocimiento mutuo aplicable la Unión Europea (a excepción de Dinamarca e Irlanda) y viene a sustituir a las tradicionales comisiones rogatorias en materia de medidas de investigación y obtención de prueba transfronteriza..*

¹⁰ *En puridad no son convenios, sino normativa comunitaria luego transpuesta por los Estados, pero en la práctica el funcionamiento es similar al de los Convenios, y la vista de su coexistencia con Convenio strictu sensu, continuamos utilizando esta terminología.*

2002/584/JAI y desarrollada por la Ley 23/2014, que incluye como causa de entrega la comisión de delitos contra la Seguridad Social -definidos como fraudes en el Art. 2.2 DM-.

- Convenio de asistencia judicial en materia penal UE , Bruselas, 29 de mayo de 2000, complementado sobre información bancaria por el Protocolo de Luxemburgo de 16 de octubre de 2001 (que no permite denegar la asistencia invocando el secreto bancario ni alegando el carácter político del delito o por el hecho de que la solicitud se refiera a infracciones que en el Estado requerido se consideren infracciones administrativas), que puede consistir en la mera información sobre titularidad de cuentas, sobre los movimientos bancarios o incluso en el control o monitorización de las transacciones bancarias realizadas
- Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997.
- Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, 8.11.1990,
- Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 (ratificado por España por Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre)

En el ámbito convencional no UE, deben destacarse el

- Convenio Europeo de Extradición , hecho en París el 13.12.1957 y que hoy día incluye a Andorra.

Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, Estrasburgo, 20 de abril de 1959, complementado por un Protocolo Adicional (17.3.1978) y por un segundo Protocolo Adicional (8.11.2001, dirigido, fundamentalmente, a la lucha contra el blanqueo y la corrupción y que suprime, en ciertos casos, la doble incriminación y el carácter político o fiscal del delito como motivo de denegación de la asistencia judicial

- Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15.9.1972, (ratificado por España el 24.6.1988), para perseguir con arreglo a la propia legislación penal de un Estado cualquier infracción a la que sea aplicable la legislación penal de otro Estado contratante,
- Convenios de extradición suscritos por España con diferentes países: USA el 29.5.1979, -ahora convenio USA/UE desde 25.6.2003-, o Marruecos de

24.6.2009-....

En ese mismo ámbito convencional no UE, proyectado en el ámbito latinoamericano:

- Protocolo Facultativo, Managua, 1.7.1993.
- Convención interamericana contra la Corrupción, Caracas, 29.3.1992.
- Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales (Ciudad de Guatemala, 29.10.1993);
- Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos penales (Potrero de Funes, 25.6.1996);

4.9.- Procedimiento dirigido contra personas jurídicas

Ya se trató supra de la posibilidad de que personas jurídicas sean responsables de este tipo de delitos, lo cual tiene una evidente vertiente procesal, tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, debiéndose mencionar en la fase de instrucción las especialidades contenidas en los Arts. 119¹¹, 775¹², 409 bis¹³, 786 bis¹⁴ y 839 bis¹⁵ LECRIM, bajo la idea rectora de que la persona jurídica es

11 Art. 119 Lecrim.

La persona jurídica deberá nombrar una persona que la represente con poder especial para ello, al margen del abogado y el procurador. (Posibilidad de que la representación especial en la fase de investigación y en el juicio oral pueda ser desempeñada por quien soporta la imputación, a falta de prohibición expresa).

12 Art. 775 Lecrim.

En la comparecencia del artículo 775 Lecrim. (procedimiento abreviado) deberá designarse a dicho representante, entendiéndose la lectura de derechos y la información de los hechos objeto de la denuncia o querrela con el abogado en caso de que no fuere designado representante especial.

13 Artículo 409 bis. *Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.*

14 Artículo 786 bis.

1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta.

15 Artículo 839 bis.

titular del derecho a la presunción de inocencia como cualquier persona física, lo que comporta la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad objetiva y la necesidad de una completa investigación formal y material del hecho controvertido.

4.10.- Aseguramiento de responsabilidades pecuniarias

La previsión contenida en el Art. 109 CP según la cual la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios causados, determina que como en cualquier otro procedimiento puedan y/o deban adoptarse a lo largo de la instrucción medidas cautelares, entendidas de manera sencilla como aquel conjunto de instrumentos jurídicos que pueden ser empleados en el marco del proceso penal para garantizar la viabilidad del enjuiciamiento y la efectividad del pronunciamiento final del mismo.

Convencionalmente divididas entre personales y reales, son sus requisitos comunes el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro por la mora procesal.

Las medidas cautelares personales no revisten en el caso especialidades respecto de las aplicables a otros delitos, y tampoco las reales en términos procesales, que son las previstas de manera general para cualquier delito en los Arts. 589¹⁶, 764¹⁷, 783.2¹⁸ y colateralmente, 990¹⁹ LECRIM, y tratándose de personas

Requisitoria únicamente cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido.

La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

16 Art. 589:

Desde que resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose el embargo de sus bienes en cantidad suficiente para asegurar dichas responsabilidades si no se prestare la fianza exigida, resolviéndose al acordar el Juez de Instrucción la apertura del juicio oral sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con la persona acusada como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza, si no la prestare la persona acusada en el plazo que se le señale, así como sobre el alzamiento de las medidas adoptadas frente a quienes no hubieran sido acusados.

17 Art. 764,1:

Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada

18 Art. 783.2: 2.

Al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza, si no la prestare el acusado en el plazo que se le señale, así como sobre el alzamiento de las medidas adoptadas frente a quienes no hubieran sido acusados.

19 Art. 990 :

jurídicas, las previstas en los Arts. 544 quáter ²⁰ LECRIM y 33.7 ²¹ CP.

Al hilo de esta sede deba atenderse a la cuestión, contemplada en el Art. 307.4 CP de que existan en paralelo actuaciones asegurativas en sede judicial y actuaciones recaudatorias en vía administrativa, al rezar dicho precepto “...la existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal...”.

Resulta de ello que la tramitación del proceso penal no paraliza la acción de cobro de la administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, disponga otra cosa en los términos citados en el Art. 307 CP. Y ello tanto sean deudas ex Arts. 307 y 307 bis como reintegros ex Art. 307 ter CP, sin otra limitación que la liquidación administrativa se ajuste, in fine, a lo resuelto en el proceso penal -lo que puede suponer riesgos evidentes de resultados contradictorios entre ambos procedimientos que se rigen por principios distintos y con diferentes mecanismos de investigación-.

Especialidades ciertamente más limitadas que las previstas para el delito fiscal, por cuanto la previsiones de la LO 7/2012 de reforma del Código Penal en la materia que nos ocupa no vinieron acompañadas en el ámbito de los delitos contra la Seguridad Social de las previsiones contenidas para aquellos en la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT 58/2003 añadió un nuevo Título VI a su articulado, bajo el título “ Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública” y mediante su Disposición Final 1ª unos nuevos Art. 614 bis y Título X bis en la LECRIM, bajo la rúbrica, este último, “De las especialidades en los delitos

Órganos de recaudación de la Administración tributaria, tendrán competencia para investigar, bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio que pueda llegar a resultar afecto al pago de las responsabilidades civiles derivadas del delito

20 Art. 544 quater

1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.

21 Art.33.7

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

contra la Hacienda Pública”.

De ello resulta que salvo que el Juez así lo acuerde expresamente, no existe obligación de abstenerse por parte de la Administración de la Seguridad Social en caso de procedimientos penales, que no paralizarán la actuación administrativa recaudatoria. En este ámbito, a la solicitud del interesado en tal sentido seguirá la audiencia por el plazo de diez días al Ministerio Fiscal y a la Administración perjudicada, tras lo cual el Juez dictara auto motivado en el que fijará la garantía y el plazo de constitución que deba prestar el interesado para paralizar el procedimiento recaudatorio, previéndose la posibilidad de dispensa total o parcial de la garantía.

Pese al silencio de la LECRIM, cabe considerar que los efectos de la resolución judicial estimatoria de la suspensión afectan exclusivamente al solicitante, y no al resto de encausados, produciendo sus efectos desde la constitución de la garantía, pero retrotraídos al momento de la solicitud, mantenimiento su eficacia los embargos trabados hasta la constitución de la garantía, para la que no vemos obstáculo para que, como en el caso del delito fiscal, se constituya como tal los embargos ya realizados o derechos reales que puedan constituirse sobre los bienes afectados por los mismos, de considerarse que dichos bienes garantizan de forma más adecuada el cobro que las garantías ofrecidas por el encausado, como tampoco de que el investigado/acusado pueda solicitar que no se permita a la Administración la enajenación de los bienes y derechos embargados en el curso del procedimiento de apremio hasta que la sentencia condenatoria que confirme total o parcialmente la liquidación, sea firme.

5.- Regularización y reparación del daño

El Art. 307.3 CP²² ya en la redacción dada por la L.O. 6/1995 establece como específica causa de exención de responsabilidad penal por el delito que nos ocupa la regularización de la situación deudora, precepto doctrinal y jurisprudencialmente reconocido con naturaleza de excusa absolutoria que exime de pena a quienes habiendo cometido un delito social, satisfagan la

²² Recordando, Art. 307.3.

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

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

La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación

deuda devengada, que, como hecho impeditivo, debe ser alegado y acreditado por quien le beneficie, siendo sus requisitos:

- Objetivamente, el completo reconocimiento y pago de la deuda social, lo que implica una completa remisión a la normativa social con inclusión por tanto, de la deuda, sus recargos -por mora y por apremio- e intereses sin cuyo integro pago no existirá regularización. Regularización que, por expresa disposición del tercer párrafo del Art. 307.3 CP, extenderá sus efectos a los delitos conexos, esto es, eventuales irregularidades documentales y contables realizadas para cometer el delito. Pago que en todo caso la Jurisprudencia no ha estimado realizado en casos mera prestación de aval o fianza – cif. SSTS 30.4.2003, 3.11.2007)
- Temporalmente, que se haya producido antes de por la Administración de la Seguridad Social se haya notificado al deudor el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas existentes y objeto de la regularización, de que por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración se interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o de que por el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.
- Subjetivamente, que sea hecha por quien resulte ser el obligado, planteándose en esta sede la cuestión de si alcanzará a los partícipes, lo que tiene que ser resuelto afirmativamente si cooperan de alguna forma en la regularización o por lo menos, no se opongan a ella. Inversamente, entendemos que podrá ser estimada como atenuante analógica en los supuestos en los que el tercero quiera llevar a cabo la regularización y el deudor tributario se oponga, y por tanto no se produzca.

Por su parte, el Art. 307.5 CP ²³ regula una específica modalidad de reparación para el delito, anudándole, a modo de atenuante muy cualificada, una pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito cometido, lo que tiene

²³ Art. 307.5.

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

que ser valorado positivamente como incentivo al infractor para que repare el perjuicio económico causado y otros posteriores mediante la colaboración para el esclarecimiento de los hechos.

Esta reparación tiene que producirse en el plazo de dos meses desde la citación judicial como imputado - de ahí su relevancia en la fase de instrucción- y venir acompañada de la satisfacción de la deuda y del reconocimiento judicial de hechos, siendo aplicable a partícipes en el delito distintos del obligado o del autor del delito, si colaboran activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o la averiguación del patrimonio del obligado o de otros responsables del delito.

Al igual que en la regularización, el Tribunal Supremo rechaza considerar incluida entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera prestación de la fianza exigida por el Juez, sea en el Auto de procesamiento, en el de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación (SSTS 6.4.2004 , 20.12.2006, 3.11.2007) pues “ ... una cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral “.

La regularización estudiada tiene contornos propios en el delito del Art. 307 ter CP al exigir únicamente el reintegro de una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que se percibieron, esto es, sin inclusión de los recargos, fundada, estimamos, en la inexistencia en ese momento de procedimiento de comprobación, inspección o recaudación del que dimanen aquellos, en todo caso con los mismos requisitos cronológicos expuestos, regulación que es criticada por autores como Martín Muñoz (2020:10) que exigen mayores requisitos para la atenuación²⁴ .

6.- Cómputo e interrupción de la prescripción

²⁴ En un estudio referido conjuntamente a los Arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, dicho autor propone, para la interpretación de dichas cláusulas atenuatorias:

1. En primer lugar, la exigencia de límites temporales que garanticen la voluntariedad del comportamiento post delictivo, mediante la remisión al primer inciso en las cláusulas de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, 2. En segundo lugar, que la exigencia de la obtención de pruebas decisivas sea predicable sólo de la colaboración activa destinada a la identificación o captura de otros responsables, permitiendo, así, la entrada de formas de reafirmación de la norma no redundantes en resultados de utilidad procesal o patrimonial para el resto de finalidades. 3. En tercer lugar, que la finalidad de colaboración activa relativa al completo esclarecimiento de los hechos delictivos se refiera, únicamente, a los que atañan personalmente al infractor.

Como sabemos, según los Arts. 130 y ss. del Código Penal, la prescripción es uno de los supuestos posibles de extinción de la responsabilidad criminal por el paso de un determinado lapso de tiempo entre el hecho y el inicio o mantenimiento de la persecución penal.

Plazo que en el caso de los delitos sociales es actualmente doble, siendo de cinco años en los supuestos tipificables bajo el Art. 307 CP y de diez años en los supuestos de hechos tipificables bajo el Art. 307 bis CP, todo ello de conformidad con el APNJTS de 26.10.2010²⁵.

Una excepción posible, y de ello un posible plazo superior de prescripción, vendría dado por la conexidad del delito social perseguido con otra infracción más grave, en cuyo caso este sería el plazo de prescripción, como dispone el indicado APNJTS de 26.10.2010.

En uno y otro caso, debe tenerse presente que las actuaciones declaradas nulas no interrumpen el cómputo de la prescripción – cif. APNJTS 27.4.2011-, así como la irrelevancia del plazo de prescripción administrativo de 4 años establecido en el Art. 24 RDL 8/2015²⁶ trayéndose aquí cuanto se ha dicho a propósito de idéntico plazo para el delito fiscal – cif. STSS de 6.11.2000,10 y 30.10.2001 o 3.2.2005-.

En cuanto al dies a quo, debe situarse en el momento de la presentación de las declaraciones inveraces (modelos TC1 y TC2) o en el de vencimiento del plazo de presentación de dichas declaraciones sin que estas se hayan efectuado, ex

²⁵ Acuerdo del Pleno del tenor:

“ ... Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado....”

²⁶ Artículo 24

1. Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos y acciones:

- a) El derecho de la Administración de la Seguridad Social para determinar las deudas por cuotas y por conceptos de recaudación conjunta mediante las oportunas liquidaciones.
- b) La acción para exigir el pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta.
- c) La acción para imponer sanciones por incumplimiento de las normas de Seguridad Social.

2. Respecto de las obligaciones con la Seguridad Social cuyo objeto sean recursos distintos a cuotas, el plazo de prescripción será el establecido en las normas que resulten aplicables en razón de la naturaleza jurídica de aquellas.

3. La prescripción quedará interrumpida por las causas ordinarias y, en todo caso, por cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del responsable del pago conducente a la liquidación o recaudación de la deuda y, especialmente, por su reclamación administrativa mediante reclamación de deuda o acta de liquidación. La prescripción quedará interrumpida, asimismo, por el inicio de las actuaciones a que se refiere el artículo 20.6 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Arts. 25 TRLGSS y 74 RGR ²⁷, sin perjuicio de que el delito quede consumado cuando se alcance la defraudación típica, lo que implica que con las acciones descritas se inicia el plazo de cuatro años naturales del Art. 307.2 CP ²⁸ dentro del cual cabe adicionar las consecutivas defraudaciones efectuadas -pero sin que puedan computarse meses prescritos administrativamente- hasta obtener la cifra típica de 50000 Euros, sin que exista en el tipo cualificado del Art. 307 bis CP una previsión análoga a la existente en su homólogo Art. 305.2.a) bis CP ²⁹.

Prescripción que es apreciable de oficio o a instancia de parte y en cualquier momento hábil, que entendemos es aquel desde en el que pueda alegarse fundadamente, y, observando los principios de contradicción y audiencia, resolverse. Esto, no obstante, existen ciertos términos procesales especialmente adecuados como son el trámite de cuestiones previas en el procedimiento abreviado (Art. 786 LECRIM, ya sea resuelto por Auto o Sentencia); los artículos de previo pronunciamiento del Sumario (Art. 666 LECIM) o el trámite de cuestiones previas del Art. 36 de la L.O. 5/1995 para los especiales casos en que los estos delitos pudieran ser enjuiciados por el Tribunal del Jurado.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, el actual tenor del Art. 132 del Código Penal - introducido por la LO 1/2015 y por tanto vigente desde el 1.7.2015, lo ciñe al dictado de una resolución judicial que dirija el procedimiento contra persona/s determinada/s, resolviendo el bizantino problema de los efectos de la presentación de querrela o denuncia por delito a la espera de una posterior admisión y/o incoación de la misma, operando una extensión del plazo de prescripción durante seis meses para dictar la resolución antes citada.

En su momento, y fundamentalmente al hilo de delitos fiscales, la Jurisprudencia -cif. SSTS 25.1.1994, caso Ruano, 8.11.2003 o 3.2.2005- apreció valor interruptivo a la aparición de cualquier dato incriminador en las actuaciones o con la imputación realizada por un testigo o un coimputado, aunque no se hubiera dictado una resolución judicial que, recogiendo ese dato, citare como imputada a una persona, tesis que estimamos no puede mantenerse hoy día. Con dicha salvedad, desde el tenor del Código Penal y los pronunciamientos jurisprudenciales dictados

²⁷ Art. 25: “ Las deudas con la SS deberán satisfacerse dentro de los plazos reglamentarios establecidos...».

Art. 74: “ Las cuotas de la SS y demás conceptos que se recauden conjuntamente con aquéllas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo, salvo que se establezca otro plazo por las normas que regulan cada uno de los regímenes que integran el Sistema de la SS”.

²⁸ Art. 307.2.

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

²⁹ Según la cual, si la defraudación se lleva a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1 del mismo precepto.

en este ámbito, se ha concedido virtualidad interruptora de la prescripción a resoluciones tales como:

- Auto de admisión de querrela (STS 24.10.2013)
- Auto de imputación formal (STS 24.10.2013)
- Auto de atribución indiciaria de presunta participación (STS 22.10.2014)
- Auto estereotipado, integrado por la denuncia del Fiscal y la documentación que le acompañaba y que no excluya ninguno de los incorporados por el Fiscal en su denuncia (STS 24.10.2016)
- Autos dictados en fase de investigación que autoricen injerencias en derechos fundamentales,

Lo expuesto tiene algunas especificidades en el ámbito de aplicación de la prescripción a las personas jurídicas, de las que la STS 10.7.2013 expresa que siendo difícil determinar en tales casos, con la necesaria concreción, la persona física a la que se imputa el hecho delictivo aunque, el hecho de que en la querrela o denuncia esa persona sea identificada por su pertenencia a la estructura organizada permite entender que aparece lo suficientemente concretada, precisamente por su pertenencia al grupo en cuyo seno se realiza la acción delictiva que se imputa, para interrumpir la prescripción.

7.- Fase Intermedia: Procedimiento Abreviado

Finalizada la instrucción, debe tomarse una decisión sobre la continuación o el sobreseimiento del procedimiento, pues así resulta de los números 1 y 4 del Art. 779.1º LECRIM³⁰

Específicamente en cuanto al sobreseimiento, como forma de terminación del proceso puede ser libre o provisional, parcial o total o referido a los hechos justiciables o a las personas investigadas, pero en todo caso debería ser libre, evitando los problemas que los sobreseimientos presuntos provocan en fases posteriores del procedimiento

³⁰ Art. 779.1º.-

Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.

779.4º: Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775 .

Si el Juez acuerda la continuación del procedimiento, ordenara la acomodación del procedimiento a las reglas del procedimiento abreviado, concretará los hechos justiciables, que sin perjuicio de las circunstancias del caso, deberán comprender en todo caso el impuesto y ejercicios concretos en el que se ha efectuado la presunta defraudación, la cuota presuntamente defraudada – superior en todo caso a 50000 o 120.000 euros., una breve descripción de la mecánica factual y la determinación de las personas investigadas, y conferirá traslado por plazo de diez días a las partes acusadoras para que presenten sus escritos de acusación ex Art. 781 LECRIM

En cuanto a los escritos de acusación, sin perjuicio de las concretas circunstancias del caso, deberán contener las menciones comprendidas en el Art. 650 LECRIM, la concreción de las indemnizaciones solicitadas – en el caso, cuota defraudada más intereses-, y fundamentales, el órgano ante el que se solicita el enjuiciamiento y la prueba que se proponga -incluida la anticipada- para el acto de juicio oral. Adicionalmente, se podrá interesar la adopción o en su caso, modificación, suspensión o cancelación de las medidas cautelares adoptadas

Aportados escritos de acusación, se abre un marco de decisión para el Instructor, que según el Art. 783 LECRIM puede optar por abrir juicio oral o acordar el sobreseimiento de la causa, en las dos modalidades previstas en los Arts. 637 y 641 LECRIM.

Esta libertad del Juez para decidir tiene ciertos límites según quien haya solicitado la apertura del juicio oral. Así, en supuestos de causas que afecten a bienes jurídicos particulares – y los delitos contra la Seguridad Social lo son- el Juez no podrá abrir juicio oral cuando únicamente lo haya solicitado la acusación popular en tanto que el Ministerio Fiscal y la acusación particular hubieren solicitado el sobreseimiento de la causa, cif. SSTS 17/12/2007-caso Botín-, 20.1.2010 y 29.1.2015-. Por el contrario, las SSTS 54/2008 –caso Atutxa- y 29/2015 señalaron la posibilidad de abrir juicio oral exclusivamente a instancias de la acusación particular en casos de procedimientos que afecten a bienes jurídicos colectivos.

Si acuerda la apertura del juicio oral determinará los delitos y personas contra los que lo apertura – y correlativamente, acordará el sobreseimiento respecto de los delitos y personas contra los que no lo acuerda- y el órgano ante el que se abre. Específicamente, resolverá sobre la situación personal de los acusados y sobre la responsabilidad civil solicitada, lo que comportará la exigencia para los responsables de constituir fianza por dicha cantidad o sufrir el embargo de sus bienes en cuantía suficiente para ello.

El auto por el que se abre juicio oral no es susceptible de recurso salvo en lo atinente a la situación personal del acusado. Por el contrario, la resolución – o el particular de la misma– que acuerde el sobreseimiento es susceptible de recurso de reforma y/o de apelación, sin que sea necesario interponer el primero, pudiéndose acudir directamente al recurso de apelación.

Abierto el acto de juicio oral, es el turno de presentación de los escritos de defensa, en un plazo de diez días según dispone el Art 784.1 LECRIM. Es un escrito fundamental para esa parte, en la medida que además de proporcionar una tesis de descargo – o no- debe proponer la prueba de que intente valerse en el acto de juicio e incluso como anticipada a este, para lo cual estimamos oportuno un cierto esfuerzo de motivación en cuanto a la pertinencia y procedencia de las pruebas solicitadas – especialmente, en la medida que se aparten de las solicitadas por las acusaciones-. Obviamente, la parte puede manifestar en ese escrito su conformidad con el escrito de acusación, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 784.3 LECRIM³¹.

Presentado el escrito de defensa, o transcurridos el plazo de 10 días para hacerlo, el LAJ del Juzgado acordará la remisión del procedimiento al órgano competente para el enjuiciamiento (Art. 784.5 LECRIM).

8.- Bibliografía complementaria

AAVV. - Memento experto, Cooperación Jurídica Internacional, Ed. Francis Lefebvre, 2016

FERRE OLIVE, JUAN CARLOS.- Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Ed. Tirant lo Blanch 2018

GONZALEZ PAVON, PILAR.- Delitos contra de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores, Ed. Boch, 2015

MARTÍNEZ GARCIA, ELENA. - La orden europea de investigación, Ed. Tirant lo Blanc, 2016

MARTIN GARCIA, ANTONIO LUIS y BUJOSA VADELL, LORENZO.- “ La obtención de

³¹ *Del tenor:*
Art. 784.3.

En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787. Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1.

prueba en materia penal en la Unión Europea “, Ed. Atelier, 2016

MARTIN MUÑOZ, JESUS.- “De esencias y consecuencias (o de la colaboración postdelictiva en los delitos fiscales, contra la Seguridad Social, de fraude de subvenciones y malversación) .- LA LEY Penal nº 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, Nº 144, 1 de may. de 2020,

MIRA BENAVENT, JAVIER y BOIX REIG, JAVIER.- Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Ed. Tirant lo Blanch, 2000

MONEREO PEREZ, JOSE LUIS.- Manual de Seguridad Social, Ed. Tecnos, 2018

OLLE SESE, MANUEL.- “ Consumación, desistimiento y regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social “.- LA LEY Penal nº 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, Nº 144, 1 de may. de 2020,

SANS DIEZ-PALACIOS, ALBERTO.- “ Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública “, Ed. Colex, 2004