

56

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Revista

Julio 2025

56

Revista Penal

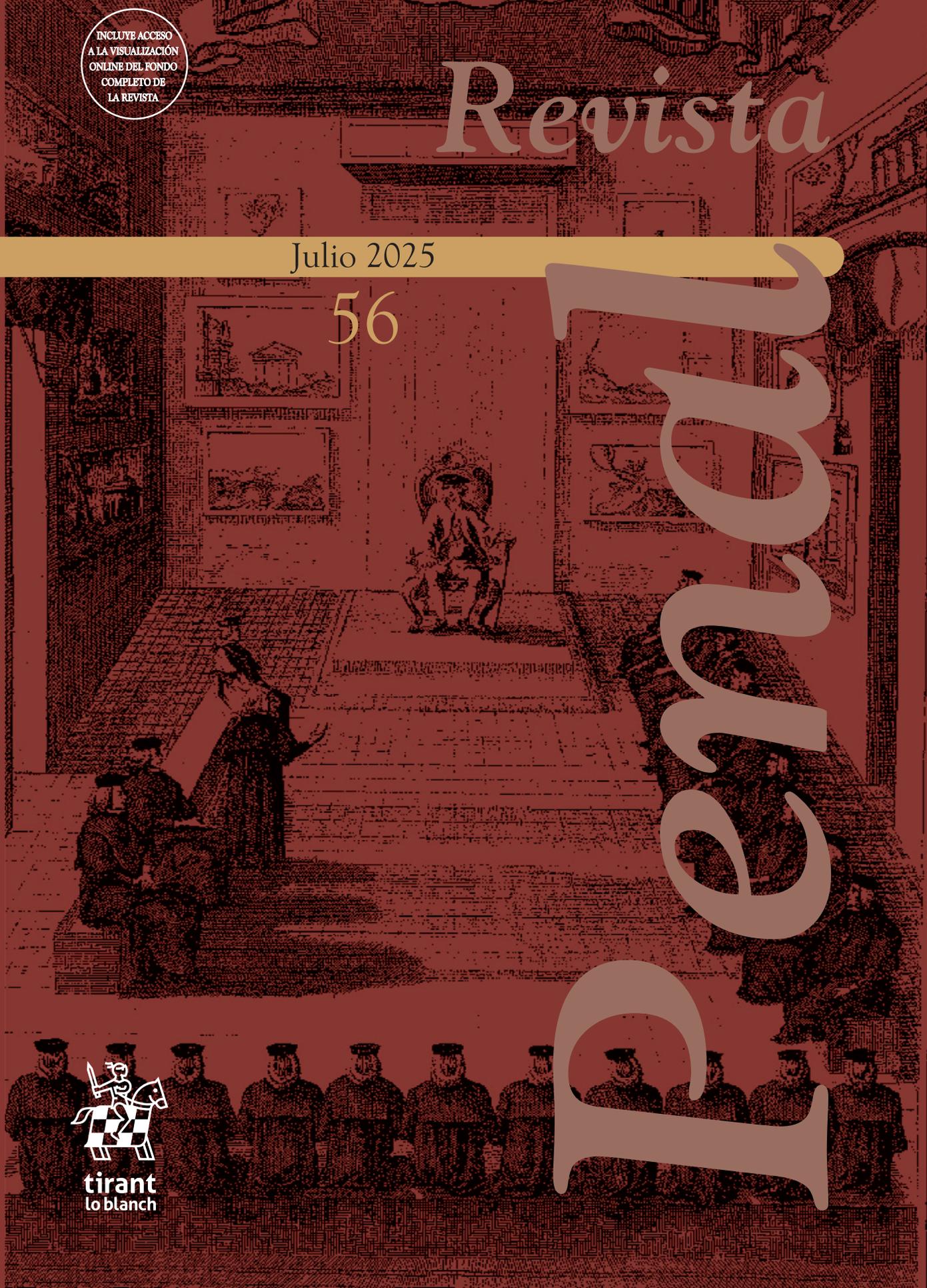
Penal

Julio 2025



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 56

Sumario

Editorial:

- ¿Por qué Claus Roxin?, por *Juan Carlos Ferré Olivé* 5

Doctrina:

- La seguridad urbana, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y la proposición de su reforma, de octubre de 2024: intervención penal y sanciones administrativas en materia de espacio público y derechos de reunión y manifestación, trabajo sexual y top manta, por *Miguel Abel Souto*..... 6
- Culpabilidad de personas jurídicas, por *Paulo César Busato*..... 38
- La propuesta de Directiva para prevenir y combatir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares en la Unión. ¿Una solución garantista y efectiva?, por *Manuel Cabezas Vicente*..... 61
- La expulsión penal de personas extranjeras: una paradoja jurídica entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, por, *Helene Colomo Iraola*..... 83
- El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social. Comentarios sobre su regulación normativa, elementos del delito y algunas propuestas relativas a su redacción, por *Daniel Fernández Bermejo*..... 109
- El contrabando como delito contra la renta de aduanas, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 132
- De la desinformación y la posverdad a través de las RRSS y la IA: ¿retos para el Derecho penal?, por *Cristina García Arroyo*..... 146
- La acusación popular: una institución necesaria pero cuestionada, por *Carmen Ladrón de Guevara Pascual*..... 163
- Problemas de forma y objeto del dolo en el delito de blanqueo de capitales en la legislación italiana, por *Gianfranco Martiello*..... 183
- Anotaciones sobre la responsabilidad penal de las “personas artificiales”, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 198
- La esclavitud doméstica de mujeres migrantes irregulares. Las cenicientas del Siglo XXI, pero sin príncipe que las rescate, por *Nieves Sanz Mulas*..... 208
- Implementación de los canales de denuncia en materia de violencia sexual desde una visión restaurativa: análisis legislativo España-Portugal, por *Selena Tierno Barrios*..... 232

Sistemas Penales Comparados:

- Reformas en la legislación penal y procesal (2021-2025) (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2021-2025*) 255

Obituario:

- Valores civiles de un Papa extraordinario y la abolición de la pena de muerte, por *Luis Arroyo Zapatero* y *Antonio Muñoz Aunión*..... 339

Bibliografía:

- Abadías Selma, Alfredo, Child Grooming: El Embaucamiento de Menores en la Era del Metaverso y la Inteligencia Artificial, por *Jesús Pando Díaz* 341
- Alzina Lozano, Álvaro (2023). El Derecho penal y la política medioambiental de la Unión Europea, por *Elena Atienza Macías* 345
- Cartes Rodríguez, J.B., El sistema judicial africano de protección de los derechos humanos. Un análisis de las demandas individuales, por *Francisco Salvador de la Fuente Cardona* 347

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>.

Pueden consultarse números posteriores en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Matías Melo Navarro y Pablo Galain Palermo (Chile)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Antonio Rodríguez Molina (España)
Federica Raffone (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo y Rubén Etcheverry (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

<https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social. Comentarios sobre su regulación normativa, elementos del delito y algunas propuestas relativas a su redacción

Daniel Fernández Bermejo

Revista Penal, n.º 56 - Julio 2025

Ficha Técnica

Autor: Daniel Fernández Bermejo

Adscripción institucional: Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED

<https://doi.org/10.36151/RP.56.05>

ORCID: 0000-0003-3040-6469

Title: The crime of Social Security benefit fraud. Comments on its regulatory regulation, elements of the crime, and some proposals regarding its drafting.

Sumario: I. Introducción. II. La regulación *ex novo* del fraude de prestaciones de la Seguridad Social. III. Análisis del tipo penal del artículo 307 *ter* del Código Penal. 1. La inexistencia de umbral económico mínimo para la consumación delictiva. Un atentado a ciertos principios penales. 2. Las distintas modalidades delictivas. Apuntes, comentarios y críticas de *lege data*. IV. Conclusiones.

Summary: I. Introduction. II. The *ex novo* regulation of Social Security benefit fraud. III. Analysis of the criminal offense in Article 307 *ter* of the Criminal Code. 1. The lack of a minimum economic threshold for committing a crime. An attack on certain criminal principles. 2. The different types of crime. Notes, comments, and criticisms *de lege data*. IV. Conclusions.

Resumen: En el presente trabajo se pretende analizar un delito que fue introducido en el Código Penal en el año 2012, sancionando algunas conductas que, con anterioridad, eran derivadas a otros tipos penales. Sin embargo, no puede considerarse acertada la técnica legislativa del artículo 307 *ter* al no tratar por igual al empresario y al trabajador; por no establecer un umbral mínimo a modo de condición objetiva de punibilidad; y por confundir la intensidad penológica de los cómplices del delito con respecto de los autores. Ya se han pronunciado distintos órganos judiciales ofreciendo criterios interpretativos acerca del tipo penal, motivo por el cual se pretende traer a colación algunos comentarios, apuntes y propuestas.

Palabras clave: Seguridad Social; defraudación; fraude; prestaciones; prolongación de prestaciones; facilitación; condición objetiva de punibilidad.

Abstract: This paper intends to show a crime that was introduced into the criminal law in 2012, punishing some behaviors that, previously, were referred to other crimes. However, the wording of the provision is not correct as it does not treat the employer and the worker equally; for not establishing a minimum threshold as an objective condition of punishability; and for confusing the penological intensity of the accomplices of the crime with respect to the perpetrators. Even though, different judicial sentences have already spoken, offering interpretative criteria about the criminal type.

Key words: Social security; defrauding; fraud; avoid; benefits; extension of benefits; facilitation; objective condition punishability.

Observaciones: Este trabajo se ha realizado durante la estancia de investigación que he llevado a cabo en la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), durante los meses de octubre de 2024 a marzo de 2025, bajo la tutela del prof. Dr. D. Andrés Delgado Gil; y también se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento, “Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global” (PID2022-138796NA-I00), al amparo del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

Rec.: 06-02-2025 **Fav.:** 04-03-2025

I. INTRODUCCIÓN

La protección penal de la Seguridad Social constituye uno de los objetivos destacados de la política criminal penal del Estado social y democrático de Derecho, hasta el punto de que es difícil imaginar elemento alguno más importante en la política social de un Estado moderno. De ahí que la Constitución Española considere la Seguridad Social como un sistema trascendente para el modelo social español y reconozca textualmente en su art. 41 que “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*”.

De acuerdo con el artículo 2.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS¹), el sistema nacional de la seguridad social está “*configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, —y— se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad*”. Se parte de la premisa de que “*el empresario, el trabajador y la sociedad son los beneficiarios de la Seguridad Social (...)*”, y, en “consecuencia, han de ser igualmente las tres partes las que solidariamente contribuyan, a su modo, a su sostenimiento económico”². Ambos pilares de protección —contributivo y no contributivo— ofrecen distinta cobertura en función de que la situación derive de contingencias profesionales o no, y ello pese

a que con el postulado constitucional, la necesidad económica asistencial pueda resultar similar³.

La necesidad de la intervención penal en esta materia se justifica por el hecho de encontrarnos ante comportamientos socialmente lesivos que suponen un ataque a la política social del Estado, a la economía en su conjunto y, en especial, a la competitividad de las empresas, así como a los derechos de los trabajadores —de manera indirecta, pues estos gozan de una protección penal propia—.

Ya anunciaba, tiempo ha, DE VICENTE MARTÍNEZ, que “el funcionamiento y la eficacia del sistema de Seguridad Social es de importancia capital, sin embargo, la crisis económica, la inflatitividad de las empresas, el desempleo generalizado, el déficit de las finanzas públicas, etc., son algunas de las causas que han provocado la aparición de fuertes déficits en las finanzas del Sistema de Seguridad Social (...). La eliminación o, al menos reducción a límites razonables del fraude en materia de Seguridad Social (...) sólo se puede conseguir elevando al rango de delito determinadas infracciones contra la Seguridad Social”⁴.

Ahora bien, con buen tino advierte CÁMARA ARROYO que “el Derecho penal no está llamado (ni puede estarlo) a salvar nuestro sistema de Seguridad Social, sino tan sólo a proteger la función que desempeña como uno de los principales ejes de un Estado en el que prime la justicia social”⁵. En este sentido, el Derecho penal de

1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

2 Cfr. PÉREZ LEÑERO, J.: “La Seguridad Social como concepto”, *Cuadernos de Política Social*, nº 17, 1953, p. 62.

3 En este sentido, el régimen jurídico de las contingencias comunes es claramente distinto al de las profesionales, y pese a las buenas intenciones del legislador de unificar la protección con independencia del origen del riesgo, lo cierto es que no se ha plasmado en nuestro ordenamiento. La intensidad de la acción protectora es mayor en las contingencias profesionales que en las comunes. Sin embargo, la asistencia o protección económica, siendo la situación de necesidad la misma, correlativamente debiera alcanzar igual intensidad, tanto la contingencia sea por accidente como si no, pues este es el criterio recogido constitucionalmente.

4 Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra la Seguridad Social*. Praxis, Barcelona, 1991, p. 13.

5 Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: “Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática”, en FERNÁNDEZ BERMEJO, D./MALLADA FERNÁNDEZ, C. (Dir): *Delincuencia económica*. Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 485. En la misma línea, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra la Seguridad Social...* op. cit., p. 15, reconoce que “no se debe pensar

la Seguridad Social⁶ mantiene cierta función simbólica⁷, que propugna ciertos valores de protección social; en cambio, sólo una correcta aplicación de una política económica y social, equilibrada y sostenible con vistas al futuro, puede disuadir los problemas deficitarios de la institución.

Ciertamente, la actuación de los poderes públicos debe encaminarse no sólo a la detección y regularización de los incumplimientos que se produzcan, sino también, y con mayores esfuerzos⁸, a prevenirlos, haciendo especial hincapié en los aspectos disuasorios de la lucha contra el fraude.

El objeto del presente estudio no es otro que el de abordar algunas cuestiones relativas al delito tipificado en el artículo 307 ter del Código Penal, el cual fue introducido en el texto punitivo en el año 2012, en aras de erradicar aquellas conductas que, conforme a la realidad social en que se han manifestado, han resultado ser un problema para la sociedad en general, de tal suerte que se ha anulado cualquier umbral económico que pudiera existir en las conductas tendentes a producir un error provocado en la Seguridad Social que permita conceder algún tipo de prestación, adelantándose la barrera intimidatoria del Derecho penal a través del *ius puniendi*.

Y es que en los últimos años se ha producido una expansión desorbitada por parte del Derecho penal en relación a la tipicidad objetiva y subjetiva de las conductas punibles asignadas a la delincuencia de cuello blanco, anticipando el legislador penal español la aplicación de la *última ratio* del ordenamiento jurídico a situaciones de hecho que quizá pudieran neutralizarse o erradicarse de manera más eficaz desde el derecho administrativo sancionador —y, por consiguiente, respetando el principio de intervención mínima del Derecho penal—.

Lo que persigue, a grandes rasgos, esta clase de delinquentes no es otra cosa que lograr un fácil enri-

quecimiento económico, a través de fórmulas o modus operandi diseñados para defraudar a la Seguridad Social, en su vertiente de gastos —prestaciones—, que no de ingresos, tales como la percepción de prestación de desempleo, subsidios de desempleo, prestación de viudedad, orfandad, ingreso mínimo vital, etc. Y no en pocas ocasiones lo consiguen en connivencia de otras personas, como pueden ser los empleadores o empresarios, asesores o intermediarios del orden fiscal o laboral, quienes, a su vez, son responsables penalmente de este delito.

Pues bien, este trabajo comienza con el análisis del tipo básico del delito de fraude de prestaciones a la seguridad social, configurado *ex novo* en el año 2012, analizando la naturaleza jurídica del tipo penal y los elementos del delito, con comentarios esgrimidos por la doctrina científica y los más recientes criterios jurisprudenciales a la hora de enjuiciar las conductas merecedoras de reproche penal. Así mismo, se aportan algunas propuestas de *lege ferenda*, con la intención de que el precepto penal pudiera alterar su redacción y plasmase verdaderamente el espíritu del propio legislador de 2012 de manera correcta, realizando para ello una interpretación teleológica y no gramatical del tipo penal que regula este delito.

II. LA REGULACIÓN EX NOVO DEL FRAUDE DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Las prestaciones de la Seguridad Social constituyen un mecanismo para propiciar que ésta ejerza su acción protectora, atendiendo a una concreta situación de necesidad tutelada⁹. En este sentido, el segundo eslabón del fraude a la Seguridad Social es el que afecta al gasto, o lo que es lo mismo, el reconocimiento de prestaciones indebidas generadas en virtud de una previa conducta fraudulenta¹⁰. El primero lo constituyen las defraudaciones de la institución pero desde una ver-

que con el recurso al Derecho penal se va a erradicar la crisis del sistema y su más evidente síntoma: el fraude. La solución ha de venir, además, por otras vías: el reforzamiento del proceso informático de la Tesorería de la Seguridad Social, la reorganización de los cuerpos controladores, el establecimiento de oficinas de recaudación ejecutiva directamente de la Seguridad Social, etc.”.

6 Estas figuras típicas, junto con la defraudación tributaria, el delito de fraude de subvenciones, fraude comunitario y delito contable —reguladas todas estas infracciones en el Título XIV CP—, han sido calificadas por la doctrina como “el verdadero eje del Derecho penal económico”. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S.: Delitos contra la Hacienda Pública. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. XIII.

7 Vid. LOZANO ORTÍZ, J.C.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social”, en CAMINO FRÍAS, J.J. (Coord.): Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Análisis de las reformas legislativas. Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 334.

8 Vid., al respecto, CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “Protección penal del sistema financiero”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 2003, pp. 1885-1899.

9 Vid. MEGINO FERNÁNDEZ, D.: “De los delitos contra la Seguridad Social: revisión de aspectos materiales y conceptuales”, en FERNÁNDEZ BERMEJO, D./MALLADA FERNÁNDEZ, C. (Dirs.): Delincuencia Económica. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 452.

10 Vid. SUÁREZ CORUJO, B.: “Sombras y luces contra el fraude a la Seguridad Social”, en VV.AA.: Los retos financieros del sistema de Seguridad Social: Libro homenaje al Profesor Antonio Ojeada Avilés. Laborum, Murcia, 2014, pp. 267 y ss., para quien “se trata, por tanto, de maquinarse para obtener prestaciones a las que el beneficiario no debería tener acceso por no cumplir los requisitos establecidos, para percibir prestaciones de cuantía superior a la que correspondería, o para prolongar indebidamente su disfrute. Y ello se logra a través

tiende que afecta a los ingresos, a través de su canalización penal del art. 307.1 CP, el cual no es objeto del presente trabajo.

Ciertamente, el quebranto del patrimonio de la Seguridad Social se sanciona mediante la introducción del art. 307 ter CP; con anterioridad, el patrimonio de la Seguridad Social no hallaba protección penal alguna. La actividad prestacional de la Seguridad Social se encuentra supeditada a una eficaz recaudación de ingresos (art. 307 CP), y también por la realización del gasto (art. 307 ter CP) debidamente controlada, a quien cumpla los requisitos prestacionales. En definitiva, la función principal de la Seguridad Social pivota sobre dos ejes: la adquisición de recursos económicos y la

distribución de los mismos, en aplicación del mandato constitucional, garantizando una óptima labor asistencial y prestacional.

El artículo 307 ter CP¹¹ fue diseñado en el primer Proyecto de Código penal de la Democracia, el de 1980, y en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983¹². Empero, finalmente fue incorporado por la LO 7/2012¹³, de reforma del Código Penal, en aras de evitar la impunidad de conductas tales como la obtención indebida de subsidios de desempleo cuando la cuantía defraudada no superaba 120.000 euros —100.000 euros en la actualidad—, de manera que no se podían encuadrar en el delito del fraude de subvenciones regulado en el artículo 308 CP. Con anterioridad, el conte-

de determinado tipo de actuaciones que abarcan desde la aportación de datos y documentos falsos (en el supuesto, por ejemplo, de empresas ficticias o de una cotización por bases más altas que las reales con el fin de incrementar la prestación finalmente percibida), pasando por la simulación de una relación laboral que dé lugar a un alta fraudulenta, hasta la omisión de declaraciones obligatorias (como la que permite, por ejemplo, compatibilizar una prestación por desempleo con el desarrollo de una actividad profesional o seguir percibiendo una prestación tras el fallecimiento del beneficiario titular)".

11 Son destacables los estudios realizados sobre este tipo penal, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, J.: "Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (Art. 307 ter)", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Los delitos contra la seguridad social tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social", en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): Crisis financiera y Derecho penal económico. Edisofer, Madrid, 2014; de la misma: Derecho penal del trabajo: los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; BUSTOS RUBIO, M.: "La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código penal", *Revista Penal*, nº 35, 2015; del mismo: "Delitos contra la Seguridad Social (arts. 307 y siguientes CP)", en ABADÍAS SELMA, A./BUSTOS RUBIO, M. (Coords.): Temas prácticos para el estudio del derecho penal económico. Colex, Madrid, 2022, pp. 317-344; CÁMARA ARROYO, S.: "Entre el Derecho penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones (Art. 307 ter C.P.)", *Revista Penal*, nº 41, 2018, pp. 47-72; VIEJO MAÑANES, A.: El delito de fraude de prestaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 307 ter CP). Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, *passim*.

12 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social en la Reforma del Código Penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 853, 2012, p. 6.

13 El art. 307 ter CP se apreciaba, en los debates de sesiones del Congreso de los Diputados como "contrario al principio de mínima intervención en el Derecho penal, criminalizando de forma generalizada a los perceptores de prestaciones. Los términos (...) suponen en la práctica que un importante número de casos, en los que un beneficiario disfruta indebidamente de una prestación, se califiquen como delito. Estamos ante una modalidad delictiva que se quiere implantar para criminalizar de forma generalizada a trabajadores y beneficiarios, incluida la protección por desempleo, cuando perciban cualquier prestación de forma indebida, en el que no se exige ningún ánimo defraudatorio con relación al respeto de los delitos y en el que no se exige ninguna cifra mínima de perjuicio de los recursos públicos. Es decir, que podría ser que por una cantidad mínima y sin ánimo defraudatorio se introdujera una pena de prisión, al margen de la cuantía y del perjuicio causado a la Seguridad Social". Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, nº 69, 30 de octubre de 2012, p. 15.

Afirmó VILLARRUBIA MEDIAVILLA sobre la nueva norma de 2012 que "establece una fórmula de protección temporal para los defraudadores ricos que permite la impunidad total; rebaja la pena en uno o dos grados para aquel que tenga dinero para pagar lo que ya se le reclama porque se le ha pillado y, la máxima perversión, lo más intolerable e incidente, señor ministro, crea un tipo nuevo para incluir a trabajadores, desempleados y pensionistas en el Código Penal hasta por infracciones mínimas (...). No se respeta el principio de igualdad, equiparando la conducta del gran defraudador con la de los trabajadores, desempleados y pensionistas (...) que perciben indebidamente una prestación, criminalizando a estos últimos y exonerando al que regulariza haciendo desaparecer incluso el desvalor de su conducta fraudulenta". Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, nº 69, 30 de octubre de 2012, p. 16.

Tal es así que, también en fase de tramitación parlamentaria, DE LA ROCHA RUBÍ, al hilo de una reforma posterior del Código Penal que tuvo lugar en 2015, instaba la "derogación paralela del artículo 307 ter (...) por parte de los trabajadores (...). El pobre, el parado, el trabajador que compatibiliza el trabajo con un día o una semana de prestaciones de desempleo u otras ayudas públicas comete delito desde el primer euro", lo que, sin duda, se traduce en un Derecho penal de clase. Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, nº 69, 30 de octubre de 2012, p. 15. Al respecto, vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: "Derecho penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)", *Derecho y Proceso Penal*, nº 32, 2013, p. 287; CÁMARA ARROYO, S.: Entre el Derecho penal de clase... op. cit., p. 53.

nido del tipo penal se reconducía a los delitos genéricos de estafa¹⁴, de apropiación indebida o fraude de subvenciones¹⁵ —en este último caso no para los subsidios de desempleo—. Por lo tanto, la función protectora del patrimonio de la Seguridad Social, desde la vertiente del gasto, que es lo que sanciona el tipo penal que tratamos, quedaba incluida en el art. 308 CP —fraude de subvenciones—, en línea con lo establecido en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo del día 15 de febrero de 2002, que estableció que “*el fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el art. 308¹⁶ del CP*”, si bien con la dificultad añadida de la necesaria superación de un umbral mínimo económico —condición objetiva de punibilidad—, para que se pudiera proceder penalmente; e incluso con el delito de estafa —en concurso frecuente con un delito de falsedad documental—.

Antes de la reforma de 2012, la norma penal sólo tutelaba la vertiente del ingreso —función recaudadora—, pero no del gasto de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en materia asistencial, dejan-

do extramuros del Derecho penal la obtención indebida y fraudulenta de prestaciones por desempleo. Es cierto que las conductas que hoy se contemplan en el art. 307 *ter* no resultaban impunes, pero se redirigían a otros tipos penales, como ya he referido.

Ciertamente, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre tipifica *ex novo* estos comportamientos, incorporando “*al panorama normativo como ley especial*”¹⁷ el artículo 307 *ter* del CP, en virtud del cual será castigado “*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*”.

El preámbulo de la referida norma anunciaba que “*debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo*”¹⁸. Con ello, se ha entendido

14 Vid., por ejemplo, STS 10 de febrero de 1995; de igual manera, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social: estudio de las modificaciones introducidas por la Ley orgánica 6/1995, de 29 de junio. Tecnos, Madrid, 1996, p. 192; el mismo: Derecho penal económico y de la empresa. 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 692.

15 Sobre esta cuestión, realizando un análisis jurisprudencial sobre la materia, vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 *ter* del Código penal introducido por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE del 28), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”, en CAMINO FRIAS, J.J. (Coord.): Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Análisis de las reformas legislativas. Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 367 y 368; BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 *ter* CP)”, en VV.AA.: Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 178 y ss. En el ámbito jurisprudencia, vid., también, SSTS 1197/2001, de 20 de junio y 636/2013, de 13 de julio (“operación Karlos”); STS 42/1015 de 28 de enero.

16 Resulta interesante la STS 561/2022, de 8 de junio, que desestima el recurso, y confirma la condena a unos recurrentes que alegaban haber sido condenados por un delito que no se encontraba en vigor cuando cometieron los hechos, como era el de fraude de subvenciones del art. 308 CP —según la redacción vigente en virtud de la LO 15/2003—, cuando el fraude de las prestaciones por desempleo a la Seguridad Social se introdujo en el art. 307 *ter* por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que es por el que acusaban las acusaciones. La sentencia de instancia explica que, a raíz del Acuerdo de Pleno de 15 de febrero de 2002, la jurisprudencia venía entendiendo que el art. 308 daba cobertura al fraude en la percepción de prestaciones del sistema de la Seguridad Social por desempleo, que, posteriormente, tras esa reforma de la LO 7/2012, vino a estar dotado de sustantividad propia en el art. 307 *ter* CP, en cuyo preámbulo se exponen las razones y la problemática que planteaba esa subsunción, según el tipo de prestación de que se tratase, bien en el 308 —si era por desempleo—, bien en la estafa, en concurso con falsedad documental —si era otro tipo de prestaciones—, pasando a agruparse todas ellas, sin distinción, en el nuevo 307 *ter*. Esa sentencia hace mención al referido acuerdo del pleno, y añade que el antiguo 308 solo era extensible al fraude de subvenciones por prestaciones por razón de desempleo, no a otros fraudes, como por jubilación, viudedad, orfandad, etc., que se dirigían a la estafa en concurso con falsedad.

17 Cfr. STS 425/2017, de 13 de junio.

18 La SAP de Granada, 184/2013, de 8 de marzo, fue pionera en la aplicación del delito 307 *ter*, en virtud de la cual, los imputados “*(...) urdieron un plan directamente encaminado a conseguir de manera fraudulenta y mediante engaño la obtención de las prestaciones y subsidios por desempleo mediante la creación de un entramado de sociedades con la finalidad de defraudar al Servicio Público de Empleo Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social a cambio de una cantidad de dinero no determinada que, en cada caso, era entregada por el supuesto trabajador*”. Los acusados se sirvieron de dos personas interpuestas —un chatarrero y un toxicómano—, a quienes dieron de alta como empresarios individuales. Las empresas eran ficticias, ya que no tenían actividad real, eran ilocalizables, no contaban con domicilio social y fiscal real, no contaban con centro de trabajo ni reunían los medios para dotar de actividad laboral en el volumen que se declaraba. Se realizaban múltiples altas a la Seguridad Social, tras la firma de contratos de trabajo ficticios, ya que nunca se realizaría ningún trabajo. La situación de alta duraba exactamente el tiempo necesario para acceder a las prestaciones por desempleo o subsidios, sin que se hubiera abonado nunca cantidad alguna por las cuotas correspondientes a la Seguridad Social. Un total de 78 trabajadores

que en estos casos sólo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subvenciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros. Cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipifican en un nuevo precepto, el artículo 307 ter, que los castiga con una

penalidad ajustada a la gravedad del hecho (...). Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social¹⁹, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido”.

Así, el preámbulo venía a colmar, según el legislador, la laguna existente de subsumir los ataques a la vía del gasto público de la Seguridad Social en otros tipos penales como el delito de estafa —art. 248 CP— o fraude de subvenciones —art. 308 CP—. Ahora bien,

fueron dados de alta entre el año 2004 y 2008, sin que en ningún momento se hubieran abonado cantidades en concepto de cuotas a la Seguridad Social. En total, las prestaciones y subsidios finalmente concedidos ascendieron a la cantidad de 345.601,74 euros.

También parece interesante traer a colación la SAP Pamplona 1508/2022, de 28 de octubre, que condenaba, en aplicación del artículo 307 ter CP, un caso en el que “en los últimos meses de 2011 la empresa CHOPO 2010 S.L. dejó de tener actividad, (...) teniendo pendiente el pago de las deudas (...) con la Tesorería General de la Seguridad Social. Sin embargo, y a pesar de carecer de actividad, CHOPO 2010 S.L. a través los acusados Doroteo, y Gerardo siguió realizando contratación de trabajadores y dándolos de alta en el régimen de la Seguridad Social, y en base a dichas contrataciones ficticias se percibieron prestaciones por desempleo fraudulentas en al menos el caso de ocho trabajadores: los dos acusados Doroteo con una cuantía defraudada de 8.580,66 euros y Gerardo con una cuantía defraudada de 7.001,52 euros; otros trabajadores como Aureliano con una cuantía defraudada de 8.946 euros, Balbino con una cuantía defraudada de 8519,40 euros, Bartolomé con una cuantía defraudada de 3.138,20 euros, y Benigno con una cuantía defraudada de 3.997,20 euros; y otros 2 trabajadores que no pudieron ser localizados. Siendo la cuantía que entre los 80 cobraron de un total de 44.187,38 euros. Del mismo modo consta la existencia de otros 3 contratos ficticios con otras personas, con cuya documentación también se trató de obtener irregularmente ayudas sin que se llegara a conseguir, sin que tales supuestos trabajadores hayan podido ser localizados. Llama igualmente la atención el hecho de que los acusados Doroteo y Gerardo cotizaran dentro del grupo 8 del régimen general para así poder obtener subsidio, cuando por su situación laboral no deberían de haber figurado en tal grupo. A raíz de las investigaciones realizadas constan en las actuaciones tanto informe de la Inspección de Trabajo, como del Servicio Jurídico de la Tesorería General de la Seguridad Social, donde se exponen los hechos relatados y se constata la sucesión de empresas”.

De otro lado, la STS 1030/2013, de 28 de diciembre, abordó la relación concursal de los delitos de fraude de subvenciones y estafa considerando que ambos tipos están y estaban en una relación de subsidiariedad. Así, “la incorporación en la reforma de 2012 de un art. 307 ter que modela una nueva figura entre los delitos contra la seguridad social, el “fraude de prestaciones” viene a refrendar ese necesario reajuste en la interpretación del art. 308 CP que no es fruto de esa reciente modificación, sino que estaría ya presente desde 1995. No tendría sentido que no se exigiese cuantía mínima para alcanzar rango delictivo a lo que puede ser menos grave (prestaciones) y sí se exigiese para subvenciones. Cuando el fraude de subvenciones se lleva a cabo a través de una conducta incardinable en el art. 248 CP (lo que no siempre sucede) estaremos ante una estafa. El delito de fraude de subvenciones es subsidiario respecto del delito de estafa (principal): está pensado para los casos en que no entra en aplicación éste, lo que aparecerá singularmente en las prestaciones unilaterales en que la Administración no espera ninguna actividad correlativa y por tanto se hace más difícil identificar un “perjuicio”, perjuicio que “la frustración del fin” sí proporciona en los más caracterizados fraudes de subvenciones. Desarrollemos algo más estas ideas por lo que suponen de cierta reformulación, aún sin total apartamiento, de la doctrina tradicional de esta Sala, que, por cierto, surgió analizando el anterior tipo defraude de subvenciones (art. 350 CP 1973) en un contexto sistemático en que la pena del fraude siempre era superior a la de la estafa, lo que a partir del CP de 1995 ya no es así. La actual jerarquía axiológica de ambas modalidades delictivas en el CP de 1995 es dato relevante: la penalidad de los arts. 248 y 250 siempre será superior a la del art. 308.

Los siguientes postulados reflejarían la posición:

a) Cuando concurren todos los requisitos típicos de la estafa (engaño bastante y causal respecto del acto de disposición; perjuicio patrimonial evaluable; relación de imputación objetiva entre el engaño y el acto de disposición y el perjuicio; dolo antecedente...) estaremos ante un delito de estafa.

b) El delito de fraude de subvenciones entra en relación de subsidiariedad (art. 8 CP) con la estafa: sólo cuando los hechos no sean encajables en el delito de estafa bien por no poder hablarse en rigor de perjuicio al no existir frustración de ningún fin por haberse empleado lo recibido en la actividad subvencionada; bien por no existir dolo antecedente en relación a esa frustración del fin para el que se otorgaba la subvención; bien por carecer de entidad los requisitos ocultados o falseados para afirmar la imputación objetiva, etc..., estaremos si se cumplen todas sus condiciones (entre ellas la condición objetiva de punibilidad fijada con la cuantificación monetaria) ante el delito de fraude del art. 308 CP).

c) A partir de 2012 la obtención fraudulenta de prestaciones de la seguridad social cuenta con una regulación que actuará en todo caso como tipo especial: art. 307 ter”.

19 Conviene indicar que el Informe al Anteproyecto de Ley del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de junio 2012, apuntaba que el interés jurídicamente protegido en este delito era la indemnidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Al respecto, vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., p. 183.

en opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, la laguna de punibilidad aludida no se viene a cubrir, toda vez que “en los supuestos que ahora se tipifican en el art. 307 *ter* no hay duda de que se cumplen todos los requisitos del delito de estafa”²⁰. El art. 307 *ter* consiste, para el autor, en una modalidad específica de estafa —siendo similar la pena de prisión aplicable—, que reúne la condición de ley especial²¹ con respecto al art. 248 CP, resultando, por ende, de preferente aplicación. Resulta necesaria su tipificación, y entiendo que ha sido un acierto del legislador penal español su inclusión, entre otras razones, porque en la estafa se exige un *quantum minimum* para su consumación, y aquí no. Pero hay matices.

En definitiva, el legislador perseguía sancionar conductas de cierta gravedad, relativas a conductas defraudatorias que atentasen contra la vía del gasto de la Seguridad Social, que tiene lugar a través de dos vías, esto es, por la vía cuantitativa, suprimiéndose cualquier umbral económico en el tipo de injusto; y la vía cualitativa, ampliando el abanico de sujetos responsables del delito. Sin embargo, para cierto sector doctrinal la regulación de este tipo penal supuso un “más que plausible endurecimiento exacerbado”²² de la infracción

que se trataba de evitar con su incorporación al texto punitivo.

III. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 307 TER DEL CÓDIGO PENAL

3.1. La inexistencia de umbral económico mínimo para la consumación delictiva. Un atentado a ciertos principios penales

El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social puede ejecutarse por aquellas conductas fraudulentas relativas a cualquier clase de prestación social²³, con independencia de la cuantía defraudada. En el tipo penal se sanciona al empresario que defrauda a la Seguridad Social más de 50.000 euros, mientras que al ciudadano —trabajador, pensionista— se le castiga, en virtud del art. 307 *ter* CP, por la obtención indebida de cualquier prestación de la Seguridad Social con independencia de la cuantía —desde el primer euro²⁴—, lo cual atenta al principio penal de seguridad jurídica, a la par que una injustificada desigualdad²⁵ hacia los ciudadanos que trabajan o perciben una pensión. En

20 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico... op. cit., p. 738.

21 Vid. STS 42/2015, de 28 de enero; y STS 425/2017, de 13 de junio. En este sentido, la STS 42/2015 de 28 de enero precisó que el art. 307 *ter* CP “se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto al delito de estafa en las defraudaciones que afecten al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones”.

22 Cfr. VIEJO MAÑANES, A.: “El delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 *ter* CP): una manifestación del derecho penal aporéfobo”, *Revista Sistema Penal Crítico*, nº 2, 2021, p. 218.

A favor de la reforma efectuada, LOZANO ORTIZ alude a la segura efectividad del nuevo delito, a consecuencia de “la función preventiva (...) que produce el efecto invisible de disuadir a las personas que pudieran cometerlo, ante la contundencia de su reproche penal”. Cfr. LOZANO ORTIZ, J.C.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social...”, op. cit., p. 340. De opinión contraria, atisba CÁMARA ARROYO que aunque “puede conseguirse una mayor colaboración con la Justicia por parte del imputado en esta clase de delitos, no es menos cierto que, desde una perspectiva preventivo general, la introducción de estas importantes atenuaciones puede producir un efecto contrario a la motivación: ante la duda, es muy probable que el sujeto se arriesgue a cometer la conducta delictiva, puesto que siempre tendrá el recurso de la regularización o la atenuación privilegiada”. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: Entre el Derecho penal de clase... op. cit., p. 55. En este sentido, VILLARRUBIA MEDIAVILLA, en la discusión parlamentaria de la LO 7/2012, apuntó que “basta poder pagar y regularizar para no ser delincuente, pero es que además se regula la rebaja de la pena en uno o dos grados una vez descubierto el defraudador. Es obvio que en el ámbito patrimonial todos los que dispusieran de recursos para reparar las consecuencias de su conducta tendrían patente de corso para delinquir a su gusto. Este es un ejemplo magnífico del denominado derecho penal de los millonarios”. Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, nº 69, 30 de octubre de 2012, p. 17.

23 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., p. 187.

24 El Fiscal Decano de la Sección de Delitos Económicos, advierte que el hecho de no contemplar cuantía mínima alguna en el art. 307 *ter*, “proporcionará una abundante carga de trabajo a jueces y fiscales al posibilitar la persecución de cualquier tipo de fraude en las prestaciones (...), —y— se producirán una cantidad no desdeñable de causas en las que el número de imputados será tan elevado que el manejo de las mismas tanto durante la instrucción como en el enjuiciamiento será especialmente complejo”. Cfr. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307 del Código penal”, *Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013 en el Centro de Estudios Jurídicos*, 2013, p. 1.

25 Vid., sobre esta cuestión, BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., pp. 197 a 200. En este sentido, apunta el autor en: “Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (artículo 307 *ter* del Código Penal)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 380, noviembre, 2014, p. 181, que “La única manera que consideramos viable para restringir la futura aplicación judicial del nuevo precepto, aún sin ignorar las dificultades prácticas que ello conlleva, es acudir al criterio de la insignificancia que suponen determinadas conductas de percepción indebida de prestaciones desde la óptica penal (que no administrativa), y que en ocasiones la jurisprudencia ha apreciado como causa que impide afirmar la tipicidad del hecho, lo que sin embargo requerirá de un esfuerzo teleológico por parte del juez, sin perder de vista el bien jurídico protegido por el delito”. En relación con el atentado al principio de igualdad, vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Derecho penal del amigo... op. cit., p. 286.

este sentido, ARRUEBO LAFUENTE señala que “la presente innovación soluciona sin complejos su equiparación, dejando atrás la, tan evidente como injustificada, diferencia de trato ante conductas equivalentes”. Y continúa indicando que “la incorporación del precepto penal que nos ocupa viene a salir al paso de la impunidad en que quedaban determinadas conductas, como la de obtención fraudulenta de la prestación por desempleo”²⁶. Ahora bien, lo expuesto no sostiene que no exista umbral económico en la cuantía defraudada para entender consumado el delito, así como tampoco que, por el hecho de superar 50.000 euros, la aplicación penológica resulta agravada.

Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre en la defraudación a la Seguridad Social del art. 307.1 y su homólogo delito fiscal del art. 305.1 CP, el hecho de prescindir de un importe mínimo para su consumación delictiva, es algo sin precedentes en los distintos hechos delictivos contra la Seguridad Social y también contra la Hacienda Pública²⁷.

El legislador únicamente contempló una cuantía económica para establecer supuestos agravados en este delito: a partir de 50.000 euros de defraudación; y un supuesto atenuado: “*cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad*”²⁸. Se trata de la única previsión que, in-

26 Cfr. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal... op. cit., p. 367.

27 El delito fiscal se tipifica en el art. 305 CP.

Cuantía	Cálculo para determinar la cuantía del fraude
La cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales in- debidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros.	2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior: Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si estos son inferiores a 12 meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve 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. (120.000 euros). b) En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

Delito de fraude a la Seguridad Social (art. 307 CP)

Cantidad	Periodo
Más de 50.000 euros.	A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante 4 años naturales.

Delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social (art. 307 ter CP)

Cantidad	Periodo
Más de 50.000 euros.	Agravación de pena.

28 Sobre esta cuestión, la STS 355/2020, de 26 de junio, se pronunció en los términos de que “*cualquier análisis en relación a la aplicabilidad de esta modalidad atenuada debe partir de la consideración, que ya hemos afirmado, de ley especial que corresponde al artículo 307 ter CP respecto al delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250 y también respecto al 251, todos del CP, que le atribuye preferencia en la aplicación (artículo 8.1 CP). Pues si estudiáramos la relación desde el principio de alternatidad y mayor rango punitivo del artículo 8.4 CP, la modalidad atenuada del artículo 307 ter 1 párrafo segundo que ahora centra nuestra atención, quedaría siempre desplazado por el artículo 249 apartado primero si la cuantía de la defraudación fuese superior a 400 euros. Solo subsistiría con importes inferiores a esa suma, ya que su pena es de multa proporcional y por tanto pena menos grave que desplazaría a la del artículo 249.2 CP, lo que conduciría a su práctica inoperatividad. El subtipo que nos ocupa exige que la defraudación no revista especial gravedad de acuerdo con los parámetros del importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor. A partir de una interpretación literal del precepto, el uso de la conjunción copulativa “y” sugiere indefectiblemente que los distintos indicadores que la norma contem-*

directamente, pudiera estar relacionada con un fraude de escasa relevancia económica. Empero, toda conducta defraudatoria de prestaciones sociales, por leve que resulte, e incluso sin trascendencia económica, será delictiva. Además, el legislador no parece haber caído en la cuenta de que, sin la limitación de límite cuantitativo alguno, se procede a derogar de facto toda la normativa administrativa existente en materia de fraude de prestaciones contra la Seguridad Social, por lo que BUSTOS RUBIO plantea aplicar el criterio de insignificancia que suponen algunas conductas que “impida (n) afirmar la tipicidad del hecho (...), sin perder de vista el bien jurídico protegido por el delito”²⁹.

Lo expuesto supone una tácita derogación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) en cuanto al fraude de prestaciones sociales se refiere, habida cuenta que, si toda defraudación resulta delictiva, desde el primer euro, impedirá no en pocos casos la imposición de una sanción administrativa en aplicación del principio *non bis in idem*.

Así las cosas, quien defraude prestaciones sociales, aún sin que revista una especial gravedad por razón de la cuantía —que constituye una circunstancia atenuante específica—, como mínimo será siempre condenado a una pena de multa y a la pérdida de la posibilidad de acceder temporalmente a ayudas o subvenciones públicas o de gozar de beneficios o incentivos fiscales de la Seguridad Social, además de la consecuencia accesoria de la inscripción en el Registro Central de Penados de antecedentes penales, en tanto que las conductas de-

fraudatorias de cotizaciones ejecutadas por empresarios, en cantidad que no supere 50.000 euros, resultarán impunes penalmente.

Habida cuenta la imprecisa redacción del legislador del art. 307 *ter*, se podría estar atentando al principio de intervención mínima y de *última ratio* del Derecho penal; al principio de lesividad de bienes jurídicos, por el que el Derecho penal debe intervenir en la tutela de los ataques más intolerables a los bienes jurídicos que protege; y al principio de igualdad ante la ley, ya que se castigan conductas de manera más gravosa para ciertos colectivos que pueden resultar más vulnerables económicamente³⁰.

En cualquier caso, con relación al espíritu de la redacción del tipo penal, que quien fuera ministro de Justicia, RUIZ GALLARDÓN, llegó a señalar que “estamos pensando, señorías, en las sociedades ficticias, que son aquellas que crean simulaciones de contratación con la única finalidad de estafar al sistema. Quiero dejar muy claro que con esto no criminalizamos al perceptor de las prestaciones, de ninguna de las maneras; no criminalizamos a aquel perceptor que carezca de una voluntad dolosa. Al contrario; no se trata de ninguna de las formas de ensañarse con las conductas leves en las que no existe ánimo de defraudar. Recuerdo, sin ánimo de defraudar no hay delito. Es un elemento necesario para la configuración como delito. Esas conductas naturalmente que tienen reproche, pero por vía penal sino en vía administrativa”³¹.

pla deben de ser valorados conjuntamente.” Añade que “la figura atenuada aglutina factores que afectan al injusto —importe y medios— y a la culpabilidad —circunstancias personales—, variedad que complica su exégesis y aplicabilidad. En cualquier caso, dado el contenido patrimonial del tipo, si bien esta modalidad atenuada debe conformarse con la valoración de los tres parámetros que el precepto contempla, goza de especial relevancia “el importe de la defraudación”, que, como apunta el Fiscal, resulta básico en la fórmula, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación”. Continúa con que “(...) Ciertamente el artículo 307 ter CP se diferencia de sus compañeros de ubicación, en que no contiene condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, que es típica a partir del primer euro”. Existirán un “(...) último escalón de punición que abarcará las defraudaciones de hasta 10.000 euros (...), de forma que si ni por los medios empleados ni por las circunstancias personales del autor el hecho revistiera mayor gravedad, una defraudación inferior a los 10.000 euros abriría la aplicación al tipo atenuado. Ya hemos dicho que el tipo exige una ponderación conjunta de los tres parámetros en liza. Lo que relativiza la cifra fijada, que tendrá relevancia determinante, insistimos, cuando sea el único estándar a considerar, pero no en el caso de que converjan con especial intensidad de uno u otro signo, agravatorio o atenuatorio, los otros dos.” Ciertamente, “Dentro del parámetro de los “medios empleados”, sin ánimo de exhaustividad, se valorarán como factores para apuntalar la especial gravedad que excluya el subtipo, aunque la cantidad no llegue a 10.000 euros, la constitución fraudulenta de empresas y sociedades, en las que sin actividad real se simulen y aparenten relaciones laborales inexistentes para obtener prestaciones sociales fraudulentas; el otorgamiento de escrituras instrumentales mendaces; y también aquellos en los que se hayan materializado acuerdos con trabajadores para, a cambio de dinero, generar a su favor periodos ficticios de cotización a la Seguridad Social. Todo ello sin perjuicio de que, en aquellos casos en que la concurrencia de falsedades instrumentales en documentos oficial, público o mercantil, que por afectar a bienes jurídicos distintos y no venir exigidas por el tipo aboquen al concurso de delitos, la ponderación sobre la aplicación o no de la modalidad atenuada que nos ocupa habrá de evitar el incurrir en doble sanción. (...) En cuanto a las circunstancias personales del autor, (...) se pueden valorar aspectos tales como los conciertos criminales, los planes urdidos y la utilización abusiva de personas vulnerables o de sus documentos para aparentar las relaciones laborales inexistentes. En definitiva, los criterios expuestos habrán de operar como pautas interpretativas en la aplicación de la modalidad prevista en el párrafo segundo del artículo 307ter.1 CP, en todo caso dotados de la flexibilidad que deriva de la interacción entre ellos”.

29 Cfr. BUSTOS RUBIO, M.: Luces y sombras... op. cit., p. 181.

30 Vid. VIEJO MAÑANES, A.: El delito de fraude de prestaciones... (2021), op. cit., p. 220.

31 Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, nº 69, 30 de octubre de 2012, p. 12.

Sin duda alguna, si esas palabras de quien fuera ministro reflejaban una declaración de intenciones, desde luego no se trasladaban ni quedaban reflejadas en la redacción del tipo penal.

Y ciñéndonos precisamente a la redacción del tipo penal, puede apreciarse que se produce un genuino agravio comparativo entre los trabajadores y personas más desfavorecidas social y económicamente por fraude de prestaciones sociales, respecto de aquellos empresarios que defraudan a la Seguridad Social en cualquiera de sus modalidades, toda vez que, si la cuota que estos defrauden no supera el umbral de 50.000 euros, la conducta no será constitutiva de delito. Se produce, por tanto, una suerte de aporofobia institucionalizada³², al incorporarse conductas de escasa lesividad para el bien jurídico protegido.

No existe un paralelismo entre el delito tipificado en el art. 307.1 y el 307 ter CP. Sin duda, resulta mucho *más represivo* el fraude de prestaciones —se protege la vía gastos de la Seguridad Social— que el fraude a la Seguridad Social —se protege la vía ingresos de la Seguridad Social—. Es muy curioso, que constituyendo el mismo bien jurídico protegido³³, aunque por distinta vía de protección, exista tanta diferencia en los requisitos de consumación entre una y otra figura delictiva, produciéndose lo que algunos han calificado como Derecho penal de clase³⁴. Y esto es así porque se beneficia a quienes ostentan una clase social y económica superior, que por lo general será quien pueda ser sujeto activo en el delito de fraude a la Seguridad Social, en cuyo caso será más difícil que puedan cometer aquel delito —resultando de aplicación el derecho administrativo sancionador—; mientras que en el fraude de

prestaciones, habitualmente serán personas necesitadas o de una clase social y económica baja quienes se vean impulsadas a engañar a la Seguridad Social para disfrutar de algún tipo de medio económico —prestación social—, por ilícito que resulte, para su subsistencia. Por tanto, conductas que lesionan el mismo bien jurídico protegido, tienen un tratamiento penal diferente³⁵.

Ciertamente, son múltiples las formas en que puede manifestarse esta clase de fraude³⁶ a la Seguridad Social, bien a través de simulación, omisión, connivencia, compatibilización de trabajo-prestación, etc. No obstante, todas las hipótesis comparten como denominador común el hecho de que el autor “*procura mendazmente el beneficio que le reporta el disfrute de la prestación (...) mediante la generación del error en la entidad gestora*”³⁷.

En puridad, el elemento que permitirá determinar si concurre o no un plus de gravedad³⁸ vendrá dado por su percepción mediando “error inducido por el sujeto o por la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar”³⁹. Además, el precepto penal hace alusión al “disfrute”, lo cual pone de manifiesto que para que se produzca la consumación del delito no será suficiente la existencia de una resolución administrativa de reconocimiento expedida por la entidad gestora competente de la Seguridad Social, sino que será requisito *sine qua non* el abono efectivo de una cuantía económica —prestación— a la que no se tiene derecho.

En cualquier caso, han de existir pruebas fehacientes fundamentadas en hechos probados e incontrovertibles, que demuestren la conducta reprochable⁴⁰, no bastando con “*meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, aunque las mismas procedan de funcionarios tan cualifi-*

32 Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M^a.: Aporofobia y plutofobia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea. Bosch, Barcelona, 2020; BUSTOS RUBIO, M.: “Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta”, en VV.AA.: Derechos humanos ante los nuevos desafíos de la globalización. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 1467 y ss.

33 Entendido éste como el patrimonio de la Seguridad Social, que resulta perjudicado por la conducta delictiva. Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M^a.: “Nuevo tipo de fraude... op. cit., p. 857; CÁMARA ARROYO, S.: Entre el Derecho penal de clase... op. cit., p. 53; MEGINO FERNÁNDEZ, D.: “De los delitos contra la Seguridad Social... op. cit., pp. 425-475; MORALES PRATS, F.: “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): Comentarios al Código Penal español. T. II. 8^a ed., Aranzadi, Madrid, 2024, p. 638. Por su parte, FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 142, ofrece una postura intermedia, y afirma que “se tutelan en particular las condiciones legalmente requeridas para la concesión o disfrute de las prestaciones sociales”.

34 Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M^a.: “Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (Art. 307 ter)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 857.

35 Vid. CÁMARA ARROYO, S.: Entre en Derecho penal de clase... op. cit., p. 53.

36 Al respecto, vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, n.º. 1, 2014, pp. 3 y 4, formato electrónico.

37 Cfr. SAP de Asturias 44/2015, de 30 de enero. Son reiterados los supuestos en los que se llevan a cabo conductas tendentes a conservar, de manera ilegítima, una pensión a favor de un beneficiario de alguien que lleva tiempo fallecido. Pueden destacarse resoluciones como las SSTS 915/2004, de 15 de julio de; 42/2015, 28 de enero; o 425/2017, de 13 de junio.

38 Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: La teoría de los cuatro elementos... op. cit. p. 11.

39 Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Empleo irregular y Administración Laboral”, *Temas Laborales*, n.º. 125, 2014, pp. 174 y 175.

40 Vid. MEGINO FERNÁNDEZ, D.: “De los delitos contra la Seguridad Social... op. cit., p. 454.

cados como lo son quienes integran la Inspección de Trabajo”⁴¹. En este orden de ideas, la buena fe del beneficiario alcanzará un especial protagonismo, si bien “como concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos, se ha señalado que la misma debe ser inequívoca, y que, implícito en tal principio general de derecho, se encuentra la observancia por el beneficiario del deber de comunicar a la entidad gestora, en forma conveniente y puntual, aquellos datos precisos para evitar el error o su continuación en el tiempo (...), salvo aquellos supuestos en que la complejidad de la regulación haga extremadamente penoso trasladar esta exigencia al beneficiario”⁴².

2. Las distintas modalidades delictivas. Apuntes, comentarios y críticas de lege data

I. Puede afirmarse que la conducta basada en la *obtención de una prestación* constituye un delito común⁴³ —cualquiera puede ejecutar la acción delictiva—, no siendo así en la prolongación de esta. Además, el sujeto que realiza la conducta defraudatoria no tiene por qué ser el beneficiario de la prestación, ya que es posible la consumación delictiva cuando se causa el error en la Administración que produzca la obtención de una prestación, o la prolongación indebida de la misma “para sí o para otro”. Debe tenerse en cuenta que en la *prolongación indebida del cobro de las prestaciones*⁴⁴, el sujeto activo solamente podrá ser aquella persona que hubiere recibido legítimamente la prestación económica hasta ese momento, a partir del cual debería haber cesado de percibir las⁴⁵, por lo que estaríamos en presencia de un delito especial. De otro lado, advierte BUSTOS RUBIO que en el caso de la modalidad omisiva (ocultación) no está tan claro que estemos ante un delito común, pues sólo podrá resultar típica la conducta de ocultación de hechos cuando en el sujeto pese el deber de informar sobre los mismos⁴⁶. También se prevé como delictiva, elevando a categoría de autoría material del hecho, algunos supuestos de mera complicidad, al castigarse a quien “*facilite a otros su obtención*”⁴⁷.

Así, y en cuanto a la *modalidad de facilitación*, según el diccionario de la RAE, facilitar significa “*hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin*”, y también “*proporcionar; entregar*”. Se trata de convertir en algo sencillo o posibilitar la ejecución del disfrute de una prestación de la Seguridad Social a la que no se tiene derecho. En la modalidad delictiva basada en la facilitación, se extienden las posibilidades de incriminación, permitiendo que tanto el trabajador, el empresario, o cualquier tercero puedan ser considerados autores. En este sentido, puede darse la presencia de dos elementos personales: el favorecedor de la obtención de la prestación, que podrá ser tanto una persona física como jurídica, y el directamente favorecido por ella, que solamente podrá ser una persona física⁴⁸.

Los favorecedores son aquellos sujetos que no se benefician directamente del fraude, pero responden como autores por un delito de fraude de prestaciones, por el mero hecho de que faciliten o posibiliten —se desconoce exactamente en qué medida o intensidad— la concesión de una prestación, o el mantenimiento indebido de la misma. En el tipo penal se eleva la categoría de “*cómplice*” a la de “*autor*”. No habría duda alguna si nos referimos a un cooperador necesario, que mantenga la misma categoría penológica que el autor material del hecho. Pero con relación al mero cómplice, que interviene en la actividad delictiva con actos anteriores o simultáneos, con la “ayuda” o “colaboración” a un sujeto, sí puede ser cuestionable, cuanto menos, su elevación penológica a la condición de autor, ya que interviene con actos no necesarios ni imprescindibles para la consumación delictiva. Ciertamente, habría que distinguir los distintos escenarios que pudieran tener cabida dentro del paraguas de la facilitación delictiva. En cualquier caso, considero un desajuste desmesurado que la complicidad pueda asimilarse, en este delito, a la categoría de autor.

El sujeto pasivo será la Administración Pública que gestione la prestación a la Seguridad Social objeto de defraudación, esto es, el INSS, CC.AA., SPEE, FOGASA, TGSS, etc. En este sentido, HERRANZ SAURÍ, Fiscal

41 Cfr. STSJ 902/2000 de Madrid, Sala de lo Social, de 13 de julio.

42 Cfr. STSJ 7845/2001 de Cataluña, Sala de lo Social, de 16 de octubre.

43 Vid. MORALES PRATS, F.: “De los delitos contra la Hacienda Pública... op. cit., p. 638.

44 Sobre esta modalidad de comisión, vid. STS 425/2017, de 13 de junio, que, además, expone que “*el comportamiento ahora enjuiciado encaja en la modalidad de prolongación del disfrute de prestaciones, por lo que el artículo 307 ter por su especialidad, desde su entrada en vigor desplaza a los artículos 248, 249 y 250 CP con arreglo a los cuales se venían calificando tales comportamientos. Tal sucesión normativa obliga a efectuar la correspondiente comparación a fin de determinar si la nueva tipicidad pudiera ser más favorable al recurrente, y, en su caso, retroactivamente aplicable*”.

45 Vid. CÁMARA ARROYO, S.: “Los delitos de defraudación a la Seguridad Social... op. cit., p. 532.

46 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., p. 197, nota al pie nº 394.

47 Al respecto, apunta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico... op. cit., p. 739, que esta expresión no puede referirse a los funcionarios encargados de gestionar la solicitud de las prestaciones, ya que estarían cometiendo un delito de malversación de caudales públicos. Lo que se exige es que el sujeto activo del delito provoque un error en los órganos de la Administración.

48 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal... op. cit., p. 376.

Decano de la Sección de Delitos Económicos, apunta que “resulta mucho más grave la conducta de estos últimos —del facilitador— al facilitar una estructura que permite multiplicar el daño a los recursos públicos, ya que a través de las denominadas empresas ficticias se facilita a múltiples falsos trabajadores la obtención de prestaciones de la Seguridad Social; sin estas estructuras la dificultad de producción de este delito sería enorme para las personas individuales, quedando su campo de acción reducido a los supuestos de prolongación indebida de la prestación por ocultación de hechos de los que tengan el deber de informar; supuesto de menor entidad que la adquisición indebida de prestaciones. De otra parte, probablemente debería haberse evaluado las diferentes posiciones que, frente a la conducta delictiva, pueden adoptar los autores. Así, quien facilita la estructura (empresa) para la obtención ilícita del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social será una persona que, alejada de cualquier situación de necesidad, obtiene anticipadamente y con poco riesgo un cuantioso beneficio por la aportación económica del resto de autores (falsos trabajadores); en cambio estos últimos, probablemente en una precaria situación económica, deben realizar una “inversión” sin que tengan garantizado que la Seguridad Social les va a conceder la pretendida prestación. Sin perjuicio de la posible apreciación de las atenuantes previstas en la parte general del Código Penal, creo que existe una mayor maldad, digna de una adecuada respuesta punitiva, en el falso empresario que en los falsos trabajadores. Las empresas ficticias dan de alta en el sistema de la Seguridad Social a personas que, en realidad, no son sus

trabajadores, como a pesar de presentar puntualmente los boletines de cotización no ingresan cantidad alguna estas pseudo-empresas no sufren ninguna merma patrimonial, antes al contrario, suelen cobrar de los futuros beneficiarios una cantidad por su colaboración, pasado un tiempo, el necesario para la adquisición al derecho a la prestación pretendida, los pseudo-trabajadores solicitan esa prestación”⁴⁹.

Ahora bien, a los comentarios de HERRANZ SAURÍ, se puede argumentar, como certero apunta CÁMARA ARROYO, que la regulación del art. 307 *ter* no realiza una distinción entre el delito de facilitación a nivel individual ni colectiva —empresas ficticias—, y tampoco se tiene en consideración en el precepto la posición socioeconómica de ambas categorías de autor⁵⁰.

El tipo penal se refiere de manera genérica a “prestaciones del Sistema de Seguridad Social” como objeto material⁵¹, de forma que incluye también el fraude de pensiones. La prestación⁵² debe ser “indebida”, esto es, una prestación a la que el sujeto activo del delito no tiene derecho en virtud de lo dispuesto en la legislación de la Seguridad Social⁵³. En este sentido, el artículo 23.2 del Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto⁵⁴, establece que “en el supuesto de infracciones muy graves, se entenderá que la empresa incurre en una infracción por cada una de las personas trabajadoras que hayan solicitado, obtenido o disfruten fraudulentamente de las prestaciones de Seguridad Social”. Y continúa exponiendo que en las infracciones señaladas en los párrafos a)⁵⁵, c)⁵⁶ y e)⁵⁷ del apartado anterior —art. 43.1—, “la empresa responderá solidariamente de la

49 Cfr. HERRANZ SAURÍ, T.: El nuevo artículo 307... op. cit., p. 17.

50 Vid. CÁMARA ARROYO, S.: Entre el Derecho penal de clase... op. cit., p. 64.

51 Así, establece la STS 896/2020, de 18 de mayo que “el objeto material del delito son 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. La conducta desplegada por el sujeto activo, según la dicción del tipo penal, debe ir dirigida a obtener, para sí mismo o para un tercero, el disfrute o prolongación de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, provocando para ello un error, mediante la simulación, tergiversación u ocultación indebida de hechos (engaño), dando lugar con ello al resultado típico, esto es, la concesión efectiva de la prestación con el consiguiente perjuicio a la Administración Pública. Nos encontramos pues ante un delito de resultado, en el que la consumación solo se produce cuando se realizan todos los elementos del tipo, incluidas las condiciones especiales del autor y el resultado (sentencias de este tribunal número 353/2007, de 7 de mayo; 77/2007, de 7 de febrero; 1010/2006, de 23 de octubre). Por ello la producción de un resultado es requisito necesario para la consumación”.

52 Sobre el significado normativo de las prestaciones, vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., pp. 186 y 187.

53 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., p. 185.

54 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

55 En el mismo se apunta a “Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad”.

56 El cual contempla “El falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores o con los demás beneficiarios para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones”.

57 El cual prevé “Incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las pres-

devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora”.

Al tratarse de una *ley penal en blanco*, será necesario acudir a la legislación específica⁵⁸ para interpretar el elemento objetivo del tipo centrado en las “*prestaciones del Sistema de la Seguridad Social*”. Ciertamente, las prestaciones son un conjunto de medidas que pone en funcionamiento la Seguridad Social para “*prever, reparar o superar determinadas situaciones de infortunio o estados de necesidad concretos, que suelen originar una pérdida de ingresos o un exceso de gastos en las personas que los sufren*”⁵⁹. Según se indica en la LGSS⁶⁰ y en la propia página web explicativa del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones⁶¹, las prestaciones son las siguientes⁶²: Asistencia sanitaria; Incapacidad temporal; Riesgo durante el embarazo; Riesgo durante la lactancia natural; Nacimiento y cuidado de menor; Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; Corresponsabilidad en el cuidado del lactante; Incapacidad permanente; Lesiones permanentes no invalidantes; Jubilación; Muer-

te y supervivencia: (Auxilio por defunción; Pensión de viudedad; Prestación temporal de viudedad; Pensión de orfandad; Prestación de orfandad por violencia contra la mujer; Pensión en favor de familiares; Subsidio en favor de familiares; Indemnización especial a tanto alzado, en los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional); Prestaciones familiares: (Prestación económica por hijo o menor acogido a cargo; Prestación económica por nacimiento/adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad; Prestación económica por parto o adopción múltiples; Prestación no económica); Prestaciones por desempleo (SEPE); Prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos; Servicios sociales (IMSERSO u órganos competentes de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas); Prestaciones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI): (Vejez SOVI; Invalidez SOVI; Viudedad SOVI); Prestaciones del Seguro Escolar.

taciones que procedan, así como la simulación de la contratación laboral para la obtención indebida de prestaciones”.

58 Así, el marco regulador extrapenal viene determinado por el Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social; el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social; y el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social.

59 Cfr. <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/12778>

60 La acción protectora del sistema de Seguridad Social comprende, ex art. 42 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo.

b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en la letra anterior.

c) Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; nacimiento y cuidado de menor; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; ejercicio corresponsable del cuidado del lactante; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente contributiva e invalidez no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; protección por cese de actividad; pensión de viudedad; prestación temporal de viudedad; pensión de orfandad; prestación de orfandad; pensión en favor de familiares; subsidio en favor de familiares; auxilio por defunción; indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional; ingreso mínimo vital, así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente.

d) Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva.

e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente.

2. Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social.

3. La acción protectora comprendida en los apartados anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los especiales de la Seguridad Social, así como de las prestaciones no contributivas.

4. Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios recogidos en el artículo 2.

Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las comunidades autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”.

También deberán tenerse en cuenta las prestaciones de otros regímenes especiales que forman parte del sistema de Seguridad Social, como el régimen de funcionarios públicos, civiles y militares, o trabajadores agrarios, empleados del hogar, trabajadores del mar, o del carbón.

61 <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/12778>

62 Acerca de las distintas clases de prestaciones, vid., ampliamente, HERNÁNDEZ CARANDE, J.: “Delito de fraude en el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social. Art. 307 ter CP”, en LIÑÁN LAFUENTE, A. (Dir.): Delitos económicos y empresariales. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 514 y ss.

Vemos, pues, que quedan integradas en el tipo objetivo tanto las prestaciones contributivas como las no contributivas. Además de las prestaciones económicas cabría incluir la asistencia sanitaria, la prestación farmacéutica y los servicios sociales que, en realidad, son prestaciones en especie.

Así pues, para que se considere consumado el delito en su tipo básico, deben obtenerse las “*prestaciones del sistema de la Seguridad Social*”, con perjuicio para la Administración. Por tanto, el resultado material del delito viene constituido por la obtención de tales prestaciones, que puedan haberse obtenido por primera vez, así como por una “*prolongación indebida*” de las mismas, esto es, porque ya se venían disfrutando y obteniendo con anterioridad. Se exige un perjuicio⁶³ al patrimonio contra la Seguridad Social, constituyendo un delito de resultado, por lo que cabe la tentativa⁶⁴ para

delinquir. Será necesario establecer la relación de causalidad entre el engaño, la inducción a error en la Administración y el perjuicio patrimonial final, así como la imputación objetiva, acreditando el riesgo jurídicamente relevante y el fin de protección de la norma⁶⁵.

En síntesis, la eventual consumación delictiva puede plantearse en tres momentos⁶⁶ diferenciados, a saber: (1) cuando se concede la prestación⁶⁷, (2) cuando se cobra la primera mensualidad⁶⁸ o (3) cuando cesa la percepción de la prestación⁶⁹. Ciertamente, el momento de consumación de este delito es relevante de cara a determinar el momento a partir del cual comienza a computar el plazo de prescripción⁷⁰ —cinco años en su modalidad básica y diez años en el subtipo agravado—, y, por supuesto, para proceder penalmente contra al sujeto activo del delito. Personalmente me inclino por la segunda opción, esto es, se entenderá consuma-

63 Acerca de este perjuicio ocasionado a la Administración, vid., ampliamente, VIEJO MAÑANES, A.: El delito de fraude de prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2023, pp. 326 y ss.

64 Sobre la cuestión de la consumación del delito y posible tentativa delictiva, vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Tratado de los delitos... op. cit., p. 854.

65 Vid. CÁMARA ARROYO, S.: “Los delitos de defraudación a la Seguridad Social...” op. cit., p. 535.

66 Vid. BARCELÓ MOYANO, M.: “El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social: aplicación práctica y cuestiones problemáticas”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, nº 50, 2018, pp. 62-70.

67 La SAP de Córdoba, n.º 114/2006, de 15 de mayo, en relación con el delito de fraude de subvenciones del artículo 308 CP, en su modalidad de obtención fraudulenta de una subvención —que era aplicable antes de la entrada en vigor del artículo 307 ter CP—, apuntaba que la modalidad de obtención fraudulenta de la subvención por medio de actuaciones falsarias se consuma “*con el acto administrativo de otorgamiento de la concesión de la subvención*”, sin que se requiera la disposición efectiva de los fondos.

68 Al exigirse la producción de un perjuicio patrimonial efectivo, parte de la doctrina (como Ferré Olivé o Bustos Rubio) consideran que este delito solo puede consumarse cuando se produzca efectivamente el daño patrimonial, esto es, con la obtención de la prestación mensual. Aquí, el plazo de prescripción se computaría desde el momento en que se hubiese cobrado la primera mensualidad de la prestación. Vid., también, COCA VILA, I.: “Protección de las haciendas públicas y la seguridad social”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona, Atelier, 2020, p. 635.

69 Habida cuenta de que se trata de un delito permanente, y que, según la STS n.º 255/2016, de 31 de marzo, es aquel en el que, “*no obstante haberse consumado en un momento determinado, crea un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de tal manera que el delito sigue cometiéndose en cuanto no se ponga término al estado delictivo así creado, teniendo la posibilidad de hacerlo*”. Téngase en cuenta que conforme al artículo 132.1 CP, en los delitos permanentes el plazo de prescripción se computará desde el día que se eliminó la situación ilícita.

70 En este sentido, la SAP Pamplona 966/2022, de 5 de octubre, absuelve por prescripción de un delito del artículo 307 ter CP, “*partiendo en el caso que nos ocupa como fecha de inicio de la prescripción del citado día 26 de noviembre de 2011, fecha hasta la que uno de los trabajadores contratados por la empresa ha estado cobrando prestaciones, y no discutiéndose que el plazo de prescripción aplicable es el de 5 años, deberemos valorar si operó o no la interrupción de la prescripción con efecto anterior al día 26 de noviembre de 2016, fecha esta en la que se hubiese producido la prescripción del delito imputado, atribuyendo el Ministerio Fiscal y la Juzgadora de instancia ese efecto de interrupción de la prescripción en el presente caso al auto de incoación de diligencias previas dictado por el juzgado de instrucción correspondiente con fecha 8 de enero de 2016. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 2022 señala que si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del “ius puniendi” del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que solo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito, dirigidas de forma unívoca hacia el presunto responsable identificado o identificable.*”

En el presente caso, recibido por el Juzgado de instrucción correspondiente el atestado que dio origen a las presentes actuaciones, dictó dicho juzgado auto de fecha 8 de enero de 2016 en el que se señala que, recibido el correspondiente atestado de Policía Nacional sobre unos hechos que podrían ser constitutivos de falsedad documental y estafa, se acuerda la incoación de las correspondientes diligencias previas, sin que dicho auto realice indicación alguna relativa concretamente al aquí acusado, con independencia de las que figuren al respecto en el citado atestado. (...) De ello concluimos que con anterioridad al transcurso de los 5 años siguientes a la fecha de consumación del delito imputado, consumación plena que tuvo lugar el 26 de noviembre de 2011, no se produjo la interrupción de la prescripción, al no haberse dictado dentro de dicho plazo ninguna de las resoluciones que pudieran producir ese efecto de interrupción, ni tampoco dentro del plazo de los 6 meses siguientes a la presentación del atestado ante el juzgado instrucción”.

do el delito cuando se perciba total o parcialmente una prestación de la Seguridad Social, ya sea contributiva o no. Y ello, en puridad, porque se trata de un delito de resultado, y, en concreto, de un resultado material, y de no un resultado de peligro.

El resultado descrito debe ser consecuencia de un engaño, en su vertiente activa, “mediante la simulación o tergiversación de hechos”, como omisiva, por medio de “la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar”. Tal engaño debe provocar, precisamente, un error suficiente en los órganos de la Administración, produciéndose así, tanto el perjuicio ocasionado como la obtención de la prestación. El engaño puede ser activo o positivo u omisivo o pasivo, mediante el deliberado ocultamiento de datos o circunstancias⁷¹ que, existiendo en la realidad, desconoce la Seguridad Social y cuyo conocimiento es decisivo para evitar la disposición patrimonial. En estos supuestos, el engaño consiste en la falta de comunicación de la situación por la que debe cesar la prestación, siendo

esta omisión la que determina el acto de disposición materializada a través de los pagos de la correspondiente pensión y ello con independencia de que los controles por parte del INSS hayan fallado e, incluso, exista un comportamiento negligente por parte de la entidad bancaria a través de la que se efectúen los pagos⁷².

Como se ha señalado *supra*, en el tipo básico no se exige cuantía alguna⁷³, de manera que se consuma el delito cuando se produce la defraudación⁷⁴, independientemente de la cuantía económica, a pesar de la existencia de sólidas críticas doctrinales al respecto, aludiendo al *principio de intervención mínima* del Derecho penal⁷⁵, y desoyendo algunas propuestas técnicas que abogaban por definir una cuantía mínima⁷⁶ para que entrase en escena la *última ratio* del ordenamiento jurídico: el Derecho penal; o, al menos, incluir dentro del tipo atenuado aquellas conductas comprendidas en el tipo básico pero que manifiesten una escasa cuantía⁷⁷, como sucede en otros delitos patrimoniales, pese a que el bien jurídico protegido no sea el mismo.

71 No obstante, debe segregarse el engaño en el delito de estafa y en el de fraude de prestaciones a la Seguridad Social, porque se trata de un engaño diferente. Así, la jurisprudencia, en relación con la exclusión del requisito del engaño en el delito de estafa en supuestos de extrema negligencia por parte de la persona engañada, ha establecido que “esto no ocurre con el cobro de una pensión de la Seguridad Social cuyo derecho se ha extinguido por fallecimiento de su titular. En estos casos no hay un deber habitual del funcionario correspondiente de examinar cada mes la edad de la titular del derecho o su supervivencia. Y esta resolución consideró el engaño consistente en ocultar el fallecimiento como idóneo y bastante y determinante del acto de disposición consistente en el pago del importe de la pensión”. Cfr. STS 425/2017, de 13 de junio.

72 Vid. STS 425/2017, de 13 de junio.

73 Acerca de las peculiaridades de la cuantía defraudada y su reintegro, vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Tratado de los delitos... op. cit., pp. 852-853.

74 Tal y como expone ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal... op. cit., p. 366, el precepto acomete la defraudación aislada, puntual, personal, de una prestación de Seguridad Social y, por otra parte, castiga la defraudación “en masa” o “a gran escala”, mediante la creación de “entramados criminales, en los que la norma aprecia una superior intensidad antijurídica en el dolo inicial”.

75 De manera pormenorizada, vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., pp. 196 y 197. En la redacción primigenia del precepto se incluyó que la defraudación debía ser grave. También acreditaron su oposición los informes del Consejo General del Poder Judicial, que advertían de la puesta en peligro de la seguridad jurídica. Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo... op. cit., p. 286.

76 En cuanto a la cuantía del subtipo agravado del delito en cuestión, que parte de 50.000 euros, hay quien ha explicado que “esta cifra no es casual y se conecta con el importe de la defraudación del artículo 307 CP de delito contra la Seguridad Social y, en ambos, la fuente primera se encuentra en el contexto comunitario en el que el legislador penal se debe situar. Y este contexto no es otro que el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995, que entiende que debe considerarse como fraude grave que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea, cualquier fraude que afecte a un montante mínimo de 50.000 €. (...) Paralelamente, debe apuntarse como justificación de la cuantía elegida la cifra coincidente que figura en el artículo 250.6 en el proyecto de reforma del CP sobre la estafa, que en tantos aspectos se muestra como idóneo marco de comparación”. Cfr. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal... op. cit., pp. 381 y 382. Por su parte, se pregunta Cámara Arroyo por qué si la conducta de defraudación es cometida por el empresario, conforme a lo dispuesto en el art. 307 CP, estamos ante un tipo básico, y, en cambio, si se trata de la obtención ilegítima de prestaciones nos encontramos ante un tipo agravado. “Para justificar esta diferencia podría atenderse a la mayor dificultad para el trabajador de llegar a defraudar una cuantía tan grande, lo que merecería una agravación de la conducta. Sin embargo, la pena se equipara bastante a la que encontramos en el art. 307 CP ante la misma cuantía defraudada, siendo algo mayor en el caso de la obtención ilegítima de prestaciones”. Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: “Los delitos de defraudación a la Seguridad Social... op. cit., p. 539, nota.

77 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal... op. cit., p. 380. Algunos supuestos en esta materia han sido derivados hacia el subtipo atenuado del artículo 307 ter, cuando los sujetos activos habían defraudado cuantías muy reducidas de la prestación por desempleo. Así, la SAP de Asturias, Sección 3.ª, n.º 44/2015, de 30 de enero, aplicó el subtipo atenuado en un caso en que el trabajador había defraudado 4.101,60 euros; la SAP de Granada, Sección 1.ª, n.º 22/2018, de 26 de enero, condenó a penas de multa a varios trabajadores que habían cobrado ilícitamente prestaciones por desempleo por cuantía inferior a los 9.000 euros.

Así mismo, voces autorizadas de la talla de VIDALES RODRÍGUEZ, consideran que tampoco se ha tenido en cuenta la propia naturaleza de las prestaciones, ya que algunas de ellas se encuentran estrechamente relacionadas con subsidios básicos de desempleo, maternidad, etc., por lo que, para la autora, la vía del Derecho administrativo sancionador hubiera sido más eficaz⁷⁸.

Sintetizando, las modalidades básicas de comisión son tres⁷⁹: *la obtención indebida de las prestaciones; la prolongación indebida de las que ya se vinieran legítimamente disfrutando; y facilitar a otro su obtención*. Obtener se interpreta como “conseguir” o “lograr”

desde cero las prestaciones de manera fraudulenta. Prolongar equivale a “*alargar, dilatar o extender*”, o “*hacer que dure algo más tiempo de lo regular*”⁸⁰.

Ciertamente, y en relación con la *obtención indebida de prestaciones*, tal y como describe minuciosamente BARCELÓ MOYANO⁸¹, con un interesante aporte jurisprudencial, el modus operandi más común sigue una misma línea: una empresa ficticia, que no tiene actividad real⁸², contrata a uno o varios trabajadores que no prestan ningún servicio para la sociedad⁸³; posteriormente son despedidos teniendo derecho a acceder al subsidio por desempleo⁸⁴. En definitiva, se simula una relación

Sin embargo, la SAP de Pontevedra, Sección 4.ª, n.º 24/2017, de 22 de febrero, consideró que una defraudación de 13.202,96 euros era merecedora de la pena de prisión prevista por el tipo básico de este delito.

78 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo... op. cit., p. 286.

79 Acerca de las distintas modalidades delictivas, vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Tratado de los delitos... op. cit., pp. 845 y ss.; y recientemente, VIEJO MAÑANES, A.: El delito de fraude de prestaciones... (2024), Capítulo IV, que se refiere de manera minuciosa a las distintas conductas típicas.

80 Cfr. Diccionario de la RAE.

81 Vid. BARCELÓ MOYANO, M.: “El delito de fraude de prestaciones... op. cit., pp. 62-70.

82 En este sentido, la STS 2225/2022, de 8 de junio, resolvía un recurso condenado a los acusados que, “*guiados por el propósito de obtener un beneficio económico, procedieron a constituir numerosas sociedades bajo la falsa apariencia del desarrollo de actividades empresariales relacionadas con la construcción, pero sin actividad económica real, ni domicilio social ni administrador real y efectivos, sin presentación de declaración tributaria alguna o en cifras carentes de correlación con una actividad económica real y a los meros efectos de ocultación del fraude, sin existir contrato alguno de ejecución de obra ni facturación alguna, para, no obstante, contactar, por sí mismos o a través de intermediarios, con gran número de trabajadores extranjeros, principalmente marroquíes a los que ofertaban bajo la apariencia de una contratación real para la ejecución de una prestación laboral, la firma de un contrato y el alta en el régimen de la Seguridad Social (...)*”. Y en relación con la obtención de prestaciones de desempleo, se dice de los trabajadores que “*contratándolos por distintas empresas ficticias en distintos periodos temporales siempre bajo el control de los acusados, constituyendo una auténtica simulación de contratación laboral, posibilitando mediante la presentación de los correspondientes certificados de empresa, la percepción de prestaciones de la Seguridad Social tales como (...)*”.

83 Ciertamente, en virtud de lo dispuesto en la STS 896/2020, de 18 de mayo, se aborda un supuesto en el que se aprecia una serie de contratos ficticios, que simulan celebrarse contratando a personas como trabajadores, sin llegar a serlo; de manera que se produce un número elevado de altas y bajas en el régimen general de cotización a la Seguridad Social. Así, el “*acusado constituyó la empresa Suministros Maol SL, en fecha 4/6/2009, siendo único socio y administrador, y pese a que dicha empresa no realizaba trabajo ni actividad alguna, el acusado, al menos durante los años 2012, 2013 y 2014, dio de alta como trabajadores de la misma en la Seguridad Social a diversas personas, (...), cobrándolos en algunos casos diversas cantidades por realizar esos supuestos contratos de trabajo que confeccionaba con los datos personales proporcionados y así poder aparecer en ellos como trabajadores de la empresa, cuando en realidad nunca llegaron a trabajar en la misma, simulando unas relaciones laborales inexistentes*”.

Estos supuestos trabajadores, con su pleno conocimiento y connivencia, participaron en la elaboración del mendaz contrato de trabajo remitiendo al Servicio Nacional de Empleo un aparente certificado de la empresa con sus datos personales, dándose con ello de alta en la seguridad social y después obtener en algunos casos prestaciones por desempleo, tras el cese a su interés en la supuesta actividad laboral, y, en otros supuestos para obtener, en base a ellos, documentación oficial como permisos de residencia. El total importe defraudado al Servicio Público de Empleo Estatal por los ficticios contratos de trabajo celebrados por Suministros Maol S L y las, por ello, simuladas altas y bajas a la seguridad social asciende a 125.109,67 €.

En el caso de autos, (...) la finalidad de las falsas altas en el régimen de Seguridad Social pudo tener una finalidad distinta del cobro de prestaciones, como facilitar la obtención de un permiso de residencia en el país, evitar una orden de expulsión o permitir la introducción de familiares. En consecuencia, el precepto aplicable será el artículo 307 ter del Código Penal”.

84 La STS 561/2022, de 8 de junio, condena por fraude de prestaciones por desempleo, entre 2008 y 2010, por cantidad de 3.941.306 euros. En ella se aprecia una simulación de una relación laboral previa, cuando los acusados, “*guiados por el propósito de obtener un beneficio económico, procedieron a constituir numerosas sociedades bajo la falsa apariencia del desarrollo de actividades empresariales relacionadas con la construcción, pero sin actividad económica real, ni domicilio social ni administrador real y efectivos, sin presentación de declaración tributaria alguna o en cifras carentes de correlación con una actividad económica real y a los meros efectos de ocultación del fraude, sin existir contrato alguno de ejecución de obra ni facturación alguna, para, no obstante, contactar, por sí mismos o a través de intermediarios, con gran número de trabajadores extranjeros, principalmente marroquíes a los que ofertaban bajo la apariencia de una contratación real para la ejecución de una prestación laboral, la firma de un contrato y el alta en el régimen de la Seguridad Social [...]*”. Y en relación con la obtención de prestaciones de desempleo, se dice de los trabajadores que “*contratándolos por distintas em-*

laboral entre el empleado y empleador, y se acuerda su posterior extinción⁸⁵. Pero también puede cometerse este delito en el seno de una empresa con actividad real y lícita, que cuente con trabajadores que sí hayan prestado servicios, basándose la simulación en el despido en sí, con el fin de obtener indebidamente el subsidio por desempleo.

Debe tenerse en cuenta la delgada línea que puede superar este tipo de conductas ilícitas, habida cuenta que podría incurrirse en otros tipos penales. Así, la STS n.º 146/2018, de 22 de marzo, condena por un delito de falsedad en documento oficial en concurso medial⁸⁶ con un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social en un caso de fraude de una prestación por incapaci-

presas ficticias en distintos periodos temporales siempre bajo el control de los acusados, constituyendo una auténtica simulación de contratación laboral, posibilitando mediante la presentación de los correspondientes certificados de empresa, la percepción de prestaciones de la Seguridad Social tales como [...]’.

85 En este sentido, la SAP de Zaragoza, Sección 1.ª, n.º 128/2018, de 18 de mayo, aplicó este delito cuando el autor principal constituyó y actuó como administrador de una sociedad mercantil sin actividad a través de la cual, previo pago de una cuantía acordada, suscribía contratos de trabajo simulados con diversas personas que posteriormente se daban de alta en la Seguridad Social. Al cesar en la relación laboral ficticia, los falsos trabajadores obtenían subsidios por desempleo. En sentido condenatorio similar, vid., también, SAP de Barcelona, Sección 7.ª, n.º 115/2018, de 7 de febrero; SAP de Granada, Sección 1.ª, n.º 22/2018, de 26 de enero; SAP de Barcelona, Sección 9.ª, n.º 943/2016, de 7 de diciembre, y SAP de Asturias, Sección 3.ª, n.º 44/2015, de 30 de enero. Por su parte, la SAP de Zaragoza, Sección 6.ª, n.º 71/2018, de 12 de marzo, condenó por este delito a un matrimonio que había suscrito un contrato simulado de empleada de hogar, en el que constaba como tal la esposa, para posteriormente proceder a un cese ficticio de la relación laboral y obtener una prestación por desempleo.

86 En relación con la existencia de un concurso medial entre un delito continuado de defraudación de prestaciones del artículo 307 ter. 2. CP y un delito continuado de falsedad en documento oficial del artículo 392 en relación con el artículo 390, la STS 75/2021, de 21 de enero, estableció que *“El recurrente fue condenado por la Audiencia Provincial de Zamora como autor de un delito continuado de estafa agravada de los artículos 248, 249 y 250.1.5º, todos ellos, CP, en concurso medial, con el delito también continuado de falsedad en documento oficial de los artículos 390 y 392, ambos, CP, y como autor de un delito continuado fraude en la obtención de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 397 ter.1. Sentencia que fue confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia.*

(...) Es evidente que la conexión por continuidad introduce una delicada cuestión de alcance dogmático, como es la necesidad de deslindar su espacio operativo. Para lo que resulta necesario distinguir, primero, si los hechos integran una sola unidad típica de acción o una pluralidad de acciones. Y, segundo, si dada, en su caso, dicha pluralidad de acciones naturales cabe, no obstante, identificar una unidad jurídica de acción o acciones jurídicamente independientes —vid. sobre la distinción entre supuestos de unidad natural de acción y unidad jurídica de acción, STS 486/2012, de 4 de junio, “Lo que sucede es que en el primer caso los hechos albergan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una perspectiva normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. En cambio, en los casos en que no se da esa estrecha vinculación espacio-temporal propia de las conductas que se ejecutan en un solo momento u ocasión, sino que se aprecia cierto distanciamiento espacial y temporal, no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado”. De modo que cuando los diferentes actos naturales no presentan la inmediatez y proximidad propias de la unidad natural de acción subsumible en un solo tipo penal, pero tampoco alcanzan la autonomía fáctica propia del concurso de delitos, ha de acudirse a la figura intermedia del delito continuado. En el mismo sentido, STS 171/2020, de 19 de mayo—.

En efecto, la distancia temporal entre las distintas acciones ha de ser la suficiente para no poder apreciar unidad natural de acción, pero tampoco debe ser demasiado grande hasta el punto que suponga una ruptura de los elementos valorativos que justifican el tratamiento jurídicamente unitario. (...) Lo decisivo será constatar que persiste temporalmente la misma situación motivacional que determina las distintas decisiones de acción, lo que resulta compatible con un transcurso considerable del tiempo entre las plurales acciones. Como se afirma en la STS 654/2020, de 2 de diciembre, si bien para la continuidad se requiere una cierta conexión temporal “ para su determinación no pueden establecerse estándares fijos, si bien quedarán excluidos aquellos casos en que un lapso temporal excesivamente dilatado pueda romper la perspectiva unitaria”. Aquí radica la clave normativa: que el paso del tiempo impida identificar el propio fundamento material de la unidad jurídica de las distintas acciones que da sentido a la conexión por continuidad. Esto es, la necesidad de aprehender correctamente el injusto total de las diversas acciones y, con ello, la propia culpabilidad del autor, evitando consecuencias penológicas desmedidas que vendrían de la mano de la aplicación de fórmulas de concurso real.

Apreciamos con claridad los elementos de conexión subjetiva, de homogeneidad de acción, de medios comisivos, de bien jurídico afectado, de identidad material de precepto infringido, de unidad de injusto personal y un efecto abrazadera por el aprovechamiento de una idéntica ocasión.

(...) la sentencia recurrida no nos ofrece datos suficientes para apreciar ruptura temporal significativa entre las cuatro acciones que integran el objeto normativo. Ruptura que, en estas condiciones de imprecisión, además, no podemos presumir pues resultaría una interpretación del régimen de la conexión por continuidad en perjuicio de la persona acusada.

(...) partiendo del continuum de resultados defraudatorios que se prolongaron hasta 2016 y que dos de las acciones se produjeron, en los imprecisos términos contenidos en la sentencia de instancia, después de la entrada en vigor de la L. O 7/2012 resulta conclusión necesaria afirmar que el título de la conexión por continuidad no puede ser el vigente al tiempo de comisión de la primera acción sino el vigente al cometerse la última infracción. Por tanto, el precepto penal infringido que presta sustento típico —tipo abrazadera— a la continuidad es el delito agravado de defraudación de prestaciones de Seguridad Social del artículo 307 ter 1. y 2. CP.

cidad laboral. El acusado, para acreditar una incapacidad por padecimientos físicos que nunca existieron, se dio de alta como trabajador de una asociación ficticia, sin actividad alguna, y presentó distintas solicitudes de reconocimiento de la prestación, junto con partes de baja médica falsos.

II. En cuanto a la *prolongación indebida de las prestaciones obtenidas lícitamente*, esta modalidad se centra en una operativa en virtud de la cual, tras haber desaparecido las condiciones que justificaban el disfrute de una prestación de la Seguridad Social, se provoca

un error en la Administración Pública para seguir percibiéndola. El medio para provocar el error en la Administración es la ocultación consciente de hechos de los que el beneficiario tenía el deber de informar, como pudiera ser el fallecimiento de un familiar⁸⁷, el traslado a otro país o la celebración de un nuevo matrimonio⁸⁸, entre otros supuestos.

Es cierto, como vengo indicando a lo largo del trabajo, que existen ciertas similitudes con el delito de estafa⁸⁹, si bien en los delitos de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, el concepto engaño se utiliza en

En definitiva, debemos partir de la existencia de un concurso medial entre un delito continuado de defraudación de prestaciones del artículo 307 ter. 2. CP y un delito continuado de falsedad en documento oficial del artículo 392 en relación con el artículo 390, ambos, CP".

Y en la misma línea de la continuidad delictiva en relación con el fraude de prestaciones, la STS 3894/2021, de 25 de octubre, resuelve un recurso de un asunto en el que *"se consiguen prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, que no correspondían para varias decenas de trabajadores; para cuya obtención, resulta ineludible la prestación del "certificado de empresa", donde de nuevo la mendacidad consecuente al alta en la seguridad social, se reitera, pues en el mismo debe constar la fecha y el motivo por el que la relación laboral ha cesado con ese trabajador; alta y también la ulterior baja mendazmente conseguidas por los acusados, que aunque así constara en el sistema de la seguridad social, constituían mendaces documentos oficiales de origen, íntegramente simulados, en cuanto afirman administrativamente el alta por inicio de una relación laboral que no existió y se reitera la falsedad con certificado tras el mendaz cese; pluralidad de hechos delictivos falsarios en relación con cada uno de los trabajadores relacionados en los hechos probados, siendo ese precisamente el destino en la ideación planificada de los autores, que se dedicaron a gestionar la tramitación de las altas y bajas de los trabajadores, siendo ambos conscientes de que no respondían a la realidad de prestación de trabajo por cuenta ajena y solo tenían como justificación completar los días de cotización necesarios para acceder a una prestación por desempleo, haciendo esto a cambio de una retribución". En este sentido, "como expresaba la STS 580/2016, de 30 de junio, "esos nuevos actos generadores de ilicitud en perjuicio del bien jurídico, en su condición de típicos, antijurídicos y culpables, no pueden quedar impunes, sino que deben ser castigados a través de la figura del delito continuado (art. 74 del C. Penal); se trata de una pluralidad de nuevos hechos delictivos ontológicamente diferenciables, que se han ejecutado por los acusados siguiendo un plan preconcebido, con un dolo conjunto y unitario; una homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; con la infracción de la misma o semejante norma penal; y una cierta conexidad espacio-temporal. En este caso, además, por el hecho de ser varios los trabajadores de quienes documentalmente se falsificó la constatación oficial de su situación laboral".*

87 En este sentido, la SAP de Córdoba, Sección 2.ª, n.º 243/2018, de 11 de junio, condena por un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social (subtipo agravado) a una mujer que ocultó el fallecimiento de su madre, para seguir cobrando la pensión de viudedad mensualmente en la cuenta bancaria que compartía con la fallecida. En idéntico sentido, la SAP de A Coruña, Sección 1.ª, n.º 200/2018, de 11 de abril.

88 En cuanto a ocultación de traslado de domicilio, la SAP de Pontevedra, Sección 4.ª, n.º 24/2017, de 22 de febrero, condenaba por un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social a quien venía percibiendo las prestaciones contributivas y asistenciales vinculadas a su residencia en España, pero había trasladado su domicilio al Reino Unido, donde había encontrado un trabajo. Y de otro lado, la SAP de Zaragoza, Sección 3.ª, n.º 427/2016, de 9 de septiembre, condenó a una mujer que siguió percibiendo una pensión de viudedad por un matrimonio anterior, ocultando a la Seguridad Social que había contraído nuevo matrimonio canónico, el cual no había sido inscrito en el Registro Civil.

89 Al respecto, vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: "Derecho penal del amigo..." op. cit., p. 285; BUSTOS RUBIO, M.: "El delito de fraude en las prestaciones..." op. cit., p. 188. En el ámbito jurisprudencial también se ha indicado que se trata de un delito que se configura como *ley especial* en relación con el delito de estafa. Vid. STS 42/2015, de 28 de enero.

Hay precedentes, no obstante, de la concurrencia de un concurso de delitos entre la estafa y el fraude de prestaciones. Así, la SAP Lleida 537/2020, de 14 de mayo, aborda un supuesto concurren todos *"los elementos típicos del delito de estafa pues el acusado Elías, con la evidente intención de obtener un ilícito beneficio económico tanto a cargo de las arcas públicas como de las compañías de seguro con las que tenía concertadas pólizas que cubrían la contingencia de invalidez laboral permanente, procedió a simular un accidente de tráfico (...), permaneciendo fuera del vehículo cuando se producía el impacto, para seguidamente presentar falsamente dicho accidente de tráfico como la causa de la agravación de las patologías físicas que ya padecía con anterioridad y del padecimiento de un trastorno depresivo ante los facultativos del ICAM encargados de la evaluación médica previa al reconocimiento de una incapacidad laboral permanente por parte del INSS, que en absoluto podían advertir que el citado accidente de tráfico en realidad había sido simulado y que por tanto el acusado no había padecido patologías ni había visto agravadas las que tenía como consecuencia del mismo, consiguiendo que le fuera reconocida primero una incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual, por contingencia de accidente no laboral, que supone un incremento de la base reguladora en relación con la enfermedad común, percibiendo una prestación pública periódica, y después una incapacidad permanente absoluta derivada de accidente no laboral, continuando en la percepción de una mayor prestación pública periódica; es decir, el acusado utilizó engaño bastante consiguiendo provocar error en la Seguridad Social, que procedió a realizar*

distintos términos, quedando su alcance conceptual circunscrito a las modalidades comisivas propias del tipo penal⁹⁰: *simular*, *tergiversar* y *ocultar*⁹¹.

- a) *Simular*: supone representar, fingir o imitar la situación que abriría la posibilidad de beneficiarse de las prestaciones. Se trata de la modalidad que más semejanza presenta respecto al concepto de engaño de la estafa.
- b) *Tergiversar*: dar una interpretación forzada, errónea, o trastocar el supuesto de hecho que impediría ser beneficiario de las prestaciones, para convertirlo en un acontecimiento favorable a la obtención de las mismas. Consiste en generar un engaño que convierte de manera torticera una situación, desfavorable a la adquisición de las prestaciones, por otra favorable a su obtención.
- c) *Ocultar*: esconder, disfrazar u omitir la información acerca de los hechos sobre los que un sujeto tenía obligación de informar. Se trata de una modalidad de *omisión*⁹² que supone una *infracción del deber*.

A diferencia de lo que sucede en la estafa, ninguna de las modalidades de engaño en este delito contra la Seguridad Social se adjetiva con el término “*bastante*”⁹³, pero debe causarse un perjuicio patrimonial a la Administración Pública.

III. Y en cuanto a la modalidad de la *facilitación a terceros la obtención indebida de prestaciones*, el tipo penal establece que el beneficiario del delito no tiene por qué ser el propio sujeto activo —se indica que puede realizarse “*para sí o para otro*”—. Así mismo, expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que, con ello, se posibilita que ciertas conductas basadas en una mera participación como *cómplice*, se eleven a la categoría de *autoría*⁹⁴.

En lo atinente al aspecto subjetivo del tipo penal, nos hallamos ante una conducta eminentemente dolosa, no cabiendo la comisión imprudente *ex art.* 12 CP. De otro lado, pese a que el tipo penal no apunta nada al respecto, en mi opinión, de manera desacertada algunos autores entienden que se exige el elemento subjetivo específico de ánimo de lucro⁹⁵, deducible de la propia modalidad de “obtener” o “prolongar” el cobro de prestaciones indebidas. Por tanto, en mi opinión no es exigible en el tipo penal el ánimo de lucro como presupuesto subjetivo del injusto.

El procedimiento penal no paralizará la acción de cobro⁹⁶ de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiere prestar garan-

el desplazamiento patrimonial de forma periódica, incluso revalorizando su prestación con el reconocimiento posterior de un grado superior de incapacidad laboral”.

Pero también concurren en este supuesto los elementos típicos del delito de fraude de prestaciones, ya que la acusada obtuvo para sí prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, por medio del error provocado mediante la simulación del accidente de tráfico.

De otra parte, la STS 676/2019, de 23 de enero de 2020, desestimó un recurso de casación en un supuesto de condena por unos hechos similares en los que efectuaron, concretamente, una “*simulación de un estado próximo a la catatonia para superar el control de los evaluadores de la Seguridad Social y existencia de una patología de base (depresión) que los distintos médicos que la han atendido no han podido evaluar la posible existencia de fraude, aunque algunos de ellos han dudado de esta circunstancia y de la existencia de esa patología. El descubrimiento de la actuación similar de los cuatro hermanos, unido a las vigilancias realizadas una vez descubierto el fraude, así como las apreciaciones de los médicos forenses han permitido establecer con la necesaria certeza la existencia de simulación sobre la totalidad del proceso de forma que la discordancia entre la realidad y las declaraciones de incapacidad administrativa se extienden no sólo a la declaración final de incapacidad sino al periodo previo de incapacidad temporal. Además en ese caso, como en el que nos ocupa, uno de los acusados cuando se presentó al reconocimiento simuló una especie de estado catatónico, con la finalidad de poner en evidencia la gravedad de su situación. Es cierto que alguno de los médicos se planteó una posible simulación pero la recurrente afectada hizo inviable la realización de pruebas complementarias, alegando claustrofobia. Sólo a raíz de la denuncia de los hechos se ha podido determinar que los cuatro hermanos han utilizado unas maniobras fraudulentas similares, lo que ha permitido confirmar y comprobar la existencia del fraude, hasta el punto de que sin esa coincidencia hubiera sido imposible su descubrimiento*”.

90 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., p. 192.

91 Diccionario de la RAE.

92 La STS 661/1995 de 18 de mayo, ya dejó claro que “*el engaño constituye la afirmación de los hechos falsos como verdaderos, o bien el ocultamiento de hechos reales*”.

93 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal... op. cit., p. 377.

94 Además, el autor citado expone que los funcionarios encargados de gestionar la solicitud de las prestaciones no pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad de “facilitar” la obtención, por dos razones: en primer lugar, porque cometerían el delito de malversación de caudales públicos (y, tal vez, el de prevaricación); y, en segundo lugar, porque el tipo penal requiere que se engañe a la Administración pública. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico... op. cit., p. 693. Vid., también, BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., p. 190.

95 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal... op. cit., p. 376.

96 Vid., al respecto, FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: El delito fiscal en el Código Penal español. Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 137 y ss.

tía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciarse que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

Resulta aquí fundamental traer a colación el principio *non bis in idem*, ya que podría darse el caso de concurrencia de pronunciamientos contradictorios procedentes de distintos tribunales —ya que la vía penal no paraliza la acción de cobro por vía administrativa—, por lo que resulta conveniente, para los casos en los que el juez competente para determinar la posible cuota defraudada sea diferente al juez competente de la vía contencioso administrativa, establecer una prejudicialidad devolutiva⁹⁷, que bien puede ser administrativa o penal, y con ello la renuncia del legislador español a la teoría de la obtención de las “dos verdades”⁹⁸. En puridad, se priva a los órganos de lo contencioso-administrativo de la facultad de juzgar los recursos que pudieran interponerse frente a los actos administrativos vinculados a los delitos contra la Seguridad Social. Sin duda, se trata de una solución drástica y contundente por parte del legislador.

Es cierto que el principio *non bis in idem* no aparece contemplado ni regulado en la Constitución Española directamente, pero sí tiene relevancia constitucional, al haber sido tratado en reiteradas resoluciones por parte del Tribunal Constitucional⁹⁹, que ha tenido interés en establecer un orden en los principios que rigen en el ordenamiento jurídico. Así mismo, su vulneración sería

susceptible de vía de recurso de amparo ante el más alto tribunal en materia constitucional.

En este sentido, ¿cómo es posible que la decisión final en un procedimiento administrativo dependa de la resolución en sede penal y, sin embargo, se permita la activación de la vía de apremio en una situación de litispendencia penal? Al respecto, la respuesta acertada la hallamos en las palabras de DE JUAN CASADEVALL, quien apunta que nos encontramos, en puridad, ante “la exacción ejecutiva de una cuota defraudada, que no es otra cosa que una responsabilidad civil *ex delicto*, cuando el imputado no ha sido ni siquiera acusado, ni mucho menos condenado, y que funcionará en paralelo a la instrucción penal”¹⁰⁰.

No parece adecuado que sea el Código Penal el lugar más idóneo para contener este tipo de regulación, y ello fundamentalmente porque un delito contra la Seguridad Social puede originar una responsabilidad civil derivada de delito, pero no una deuda tributaria. La solución no se encontraría “en impedir el acceso a la vía contencioso-administrativa en los actos de liquidación. El riesgo de vulnerar la tutela judicial efectiva con dicha opción es excesivo y, quizás, de mayor gravedad que la posibilidad de que se produzcan tales pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos”¹⁰¹. Es por ello por lo que, en puridad, la liquidación vinculada al delito debiera ser recurrible en vía administrativa y contenciosa ordinaria; y no debería existir impedimento para recurrirla en vía administrativa¹⁰², quedando

97 Vid. PALAO TABOADA, C.: “Los procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delitos contra la Hacienda Pública en el Proyecto de Ley de modificación de la LGT”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 167, 2015, p. 48.

98 Es ese “temor a las dos verdades que podrían resultar en caso de no paralizar la actuación administrativa”. Cfr. ESPEJO POYATO, I.: Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal: La fijación de la cuota tributaria. Universidad Autónoma de Madrid, 2012, pp. 192 y 253.

99 Haciendo referencia al principio *non bis in idem*, resulta de especial interés la STC 177/1999, de 11 de octubre, al disponer que “(...) si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese contenido garantista devendrá inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita (...). Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinando ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir por los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto)”. Con anterioridad, la STC 154/1990, de 15 de octubre, vino a expresar que “(...) se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y de la infracción. (...) Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como “autosuficiente” desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido”.

100 Cfr. DE JUAN CASADEVALL, J.: “Actuaciones y procedimientos tributarios en supuestos de delito contra la Hacienda Pública: crónica de una reforma anunciada”, *Carta Tributaria*, n.º 5-6, 2015, p. 11.

101 Cfr. RAMÍREZ GÓMEZ, S.: “Las actuaciones de la administración tributaria en los supuestos de delito contra la hacienda pública”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 171, 2016, p. 74.

102 Vid. GARCÍA DÍEZ, C.: “Vinculación a la declaración de hechos probados en las regularizaciones tributarias”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 410, 2017, p. 30.

siempre la puerta abierta para acudir al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

Finalmente, también se incluye una *excusa absolutoria*¹⁰³ cuando se proceda al reintegro de la prestación, que, en virtud del art. 307 ter.3 CP, se dispone que “quedará exento de responsabilidad criminal (...) el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas”¹⁰⁴. Pareciera, tras lo expuesto por el legislador, que la referida devolución económica, junto con sus respectivos intereses generados, “ya compensa el desvalor del hecho en este delito”¹⁰⁵. La *diferenciación* en este sentido con el delito fiscal, a modo de ejemplo —que también prevé la excusa absolutoria—, e incluso con la regularización de las deudas ante la Seguridad Social, estriba en que en el art. 307 ter, se exige el reintegro de las cantidades percibidas incrementadas en dos puntos porcentuales sobre el interés legal del dinero, estableciéndose, en palabras de BUSTOS RUBIO, una fuerte semejanza con el delito de fraude de subvenciones¹⁰⁶. Es evidente que la *excusa absolutoria* definida en el fraude de prestaciones de la Seguridad Social difiere —resultando más difícil su logro— respecto de la prevista para el delito contra la Seguridad Social del art. 307.1, y, de igual manera, respecto del delito fiscal. Y también se prevé una atenuación facultativa para el juez o tribunal sentenciador, basada en la reparación del daño o en la colaboración con la Administración de

Justicia (art. 307 ter.6 CP¹⁰⁷), que remite expresamente a la regulación del art. 307.5 CP, por lo que resulta de idéntica aplicación tanto para el delito del art. 307.1 como del art. 307 ter CP.

La regularización¹⁰⁸ debe corresponderse con una declaración completa y veraz¹⁰⁹, pues una pretendida regularización que incurra en nuevas manifestaciones falaces resultará ineficaz en cuanto al objetivo que se persigue¹¹⁰. Para que la regularización despliegue toda su virtualidad, debe ser íntegra y completa. Así, no puede tener eficacia exoneradora una regularización parcial, tendente a disminuir o rebajar la cuota defraudada, dejando así la ilicitud en sede administrativa. La regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que pueda producir efectos en la determinación de la pena, resulta ineficaz¹¹¹. Así lo entendió, por ejemplo, la STS 539/2003, en la que el alto tribunal negaba la aplicación de la atenuante del artículo 21.5 del CP, relativa a la reparación del daño, invocando que el sujeto “no efectuó ingreso alguno para saldar, siquiera fuese en parte, la cuota defraudada” (FJ 13º). Pues bien, según la línea jurisprudencial de la STS 192/2006, de 1 de febrero, regularizar supone pagar, “sin que baste la presentación de declaración complementaria. Por las mismas razones se estima ineficaz la regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que la reparación parcial del perjuicio pueda producir efectos en la determinación de la pena”.

Ciertamente, para que la regularización despliegue toda su eficacia, debe realizarse de manera espontánea, dentro de los límites temporales previstos. Así, puede afirmarse que existen tres momentos a partir de los cua-

103 En palabras de Morales Prats, es de reseñar que se trata de una excusa absolutoria, y no cabe “ni siquiera especular con la idea de que la cláusula de exención de responsabilidad pueda ser una causa de atipicidad sobrevenida”. Cfr. MORALES PRATS, F.: “De los delitos contra la Hacienda Pública... op. cit., p. 640.

104 O bien, continúa el precepto penal, “en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquel 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”.

105 Cfr. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., p. 213.

106 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones... op. cit., p. 173. En este mismo sentido, señala COCA VILA, I.: “Protección de las haciendas... op. cit., pp. 633 y 634, que el delito garantiza el correcto funcionamiento del sistema de concesión de prestaciones sociales, constituyendo una modalidad específica del delito genérico de fraude de subvenciones.

107 Establece tal precepto que “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 participantes 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”.

108 Vid., ampliamente, sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: “Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absolutoria”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 73, Fasc. 1, 2020, pp. 601-641.

109 Vid. ALONSO GALLO, J.: “El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 34, 2013, p. 7.

110 Vid. LARIO PARRA, M.J.: El fraude a la ley Tributaria. Las defraudaciones contra la hacienda Pública. Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2012, p. 328.

111 Vid. LARIO PARRA, M.J.: El fraude a la Ley Tributaria... op. cit., p. 328.

les un comportamiento regularizador perderá su eficacia para eximir de responsabilidad criminal, o lo que es lo mismo, pueden concretarse tres causas que bloquean la regularización: a) La notificación de actuaciones de comprobación o investigación por la Administración de la Seguridad Social; b) La interposición de querrela o denuncia notificada al querrellado o denunciado; c) El conocimiento formal de diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, previsto en el art. 307 *ter* CP, fue incorporado en el texto punitivo en virtud de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal, en aras de evitar la impunidad de ciertas conductas que debían ser reconducidas a otros tipos penales para evitar su práctica impunidad penal, como era el caso de la estafa, apropiación indebida o el fraude de subvenciones.

Con ello, el legislador perseguía sancionar conductas de cierta gravedad, relativas a conductas defraudatorias que atentasen contra la vía del gasto de la Seguridad Social, que tiene lugar a través de dos vías, esto es, por la vía cuantitativa, suprimiéndose cualquier umbral económico en el tipo de injusto; y la vía cualitativa, ampliando el abanico de sujetos responsables del delito.

SEGUNDA. Son dos las modalidades delictivas previstas en el art. 307 *ter* CP, a lo que hay que añadir el fenómeno de la facilitación. Se trata de conductas eminentemente dolosas, en las que cabe la tentativa para delinquir y no es posible la consumación imprudente. Al tratarse de un delito eminentemente doloso, han de existir pruebas fehacientes fundamentadas en hechos probados e incontrovertibles, que demuestren la conducta reprochable y consciente del sujeto activo.

La conducta que consiste en la *obtención de una prestación* constituye un *delito común* —cualquiera puede ejecutar la acción delictiva—, no siendo así en la prolongación de esta. Además, el sujeto que realiza la conducta defraudatoria no tiene por qué ser el beneficiario de la prestación, ya que es posible la consumación delictiva cuando se causa el error en la Administración que produzca la obtención de una prestación, o la prolongación indebida de la misma “*para sí o para otro*”. Debe tenerse en cuenta que, en la *prolongación indebida del cobro de las prestaciones*, el sujeto activo solamente podrá ser aquella persona que hubiere recibido legítimamente la prestación económica hasta ese momento, a partir del cual debería haber cesado de percibir las, por lo que estaríamos en presencia de un delito especial.

Ciertamente, los *favorecedores* son aquellos sujetos que no se benefician directamente del fraude, pero res-

ponden como autores por un delito de fraude de prestaciones, por el mero hecho de que faciliten o posibiliten —se desconoce exactamente en qué medida o intensidad— la concesión de una prestación, o el mantenimiento indebido de la misma.

A diferencia del resto de infracciones penales que puedan tener cierta semejanza con el tipo penal analizado, o cualquier otro perteneciente al ámbito del Derecho penal económico, se eleva la responsabilidad penal del cómplice a la categoría de autor material del hecho. Lo expuesto supone un desajuste desmesurado y una atrocidad por parte del legislador penal español.

TERCERA. El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social comparte ciertas semejanzas con respecto al delito de estafa, y también con el fraude de subvenciones, que resultaba de aplicación antes de la regulación del art. 307 *ter* CP. Sin embargo, considero que en este delito no se exige ánimo de lucro para delinquir; y el engaño debe ser idóneo para generar un nexo de causalidad entre la inducción a error en la Administración y el perjuicio patrimonial final, así como una imputación objetiva, acreditando el riesgo jurídicamente relevante y el fin de protección de la norma. En este delito no se exige que el engaño sea bastante, como sí ocurre en la estafa. Además, este delito se configura como una ley especial en relación con el delito de estafa, y el bien jurídico protegido en uno y otro caso no es el mismo.

En cuanto al engaño, éste puede ser activo o positivo u omisivo o pasivo, mediante el deliberado ocultamiento de datos o circunstancias que, existiendo en la realidad, desconoce la Seguridad Social y cuyo conocimiento es decisivo para evitar la disposición patrimonial.

CUARTA. No se exige que el fraude de prestaciones de la Seguridad Social supere un umbral mínimo para consumar la conducta delictiva. En el mejor de los casos, siendo irrisoria la cuantía defraudada, la conducta constituirá un tipo penal atenuado atendiendo al importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor, siempre que éstas no revistan especial gravedad. En este sentido, prescindir de un importe mínimo para su consumación delictiva, es algo sin precedentes en los distintos hechos delictivos contra la Seguridad Social y también contra la Hacienda Pública.

Se sanciona al empresario que defrauda a la Seguridad Social más de 50.000 euros, mientras que al ciudadano —trabajador, pensionista— se le castiga, en virtud del art. 307 *ter* CP, por la obtención indebida de cualquier prestación de la Seguridad Social con independencia de la cuantía —desde el primer euro—, lo cual atenta al principio penal de seguridad jurídica, a la par que una injustificada desigualdad hacia los ciudadanos que trabajan o perciben una pensión.

La imprecisa redacción del legislador del art. 307 ter atenta al principio de intervención mínima y de última ratio del Derecho penal; al principio de lesividad de bienes jurídicos, por el que el Derecho penal debe intervenir en la tutela de los ataques más intolerables a los bienes jurídicos que protege; y al principio de igualdad ante la ley, ya que se castigan conductas de manera más gravosa para ciertos colectivos que pueden resultar más vulnerables económicamente.

Y es que el hecho de no contemplar una cantidad económica mínima en el tipo penal supone la prácticamente derogación *de facto* la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) en cuanto al fraude de prestaciones sociales se refiere, al impedir su aplicación para evitar el atentado al principio *non bis in idem*.

QUINTA. Para que se considere consumado el delito en su tipo básico, deben obtenerse las “*prestaciones del sistema de la Seguridad Social*” con perjuicio para la Administración. Por tanto, el *resultado material* del delito viene constituido por la obtención de tales prestaciones, que puedan haberse obtenido por primera vez, así como por una “*prolongación indebida*” de las mismas, esto es, porque ya se venían disfrutando y obteniendo con anterioridad. Se exige un *perjuicio* al patrimonio contra la Seguridad Social.

Ciertamente, considero se consumará el delito cuando se perciba total o parcialmente una prestación de la

Seguridad Social, ya sea contributiva o no. Y ello, en puridad, porque se trata de un delito de resultado, y, en concreto, de un resultado material, —y por tanto, no de un resultado de peligro—.

SEXTA. De *lege ferenda* se propone una redacción del tipo penal que, al igual que sucede en múltiples delitos patrimoniales, contemple un umbral mínimo establecido en 400 euros para que la conducta pueda ser constitutiva de delito, y de no superarse, que constituya un delito leve, pero no un subtipo atenuado.

De igual manera, se propone rebajar la penalidad prevista para la categoría de complicidad, y, por tanto, disminuir un eslabón la responsabilidad penal del cómplice que actúa con actos anteriores o simultáneos para conseguir o facilitar la obtención de una prestación para otra persona. No deben confundirse los postulados penales relativos al marco jurídico de la teoría de la cooperación necesaria *versus* la complicidad de las conductas punibles. El grado y la intensidad de participación del facilitador de la prestación debiera tenerse en cuenta a la hora de graduar la pena, pero, en cualquier caso, la mera participación —que no consiste en actos necesarios e imprescindibles para la consumación delictiva— en la conducta típica como cómplice, no puede conllevar implícitamente la idéntica penalidad que se le atribuye al autor material del hecho.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/