

DELITO CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Ángel Muñoz Marín

Fiscal (Fiscalía General del Estado)

EXTRACTO

Existe una jurisprudencia vacilante sobre si el delito contra la Seguridad Social tipificado en el artículo 307 del Código Penal requiere solo la mera omisión del pago de las cantidades debidas, o es necesario una conducta defraudatoria.

Palabras clave: delito contra la Seguridad Social.

Fecha de entrada: 15-01-2013 / Fecha de aceptación: 15-01-2013

CRIME AGAINST THE NATIONAL HEALTH SERVICE

ABSTRACT

An unsteady jurisprudence exists on if the crime against the National Health Service typified in the article 307 of the Penal Code, needs only the mere omission of the payment of the due quantities, or is necessary a fraudulent behaviour.

Keywords: crime against the national health service.

ENUNCIADO

Beatriz, en el año 2007, constituyó la empresa XXX, SL, de la cual era a su vez administradora única, entidad dedicada a la construcción; dicha empresa durante el periodo de 2007 a 2008 dejó de abonar a la Tesorería de la Seguridad Social por conceptos de cuota obrera y cuota patronal la cantidad de 178.000 euros. Ante tal situación y con la finalidad de seguir operando, cesó en la actividad dicha empresa procediendo a constituir en el año 2009 la sociedad YYY, SL, con la misma actividad y trabajadores que la anterior, de la cual fue administradora única, dejando a su vez de ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social la cantidad de 182.000 euros por los mismos conceptos ya descritos. Nuevamente, y con la misma intención anteriormente descrita, en el año 2010, constituyó la empresa ZZZ, SL, con la misma actividad y trabajadores de las dos anteriores, y de la que nuevamente fue administradora única, dejando nuevamente de ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social la cantidad de 137.000 euros por cuota obrera y patronal, durante el periodo de tiempo comprendido entre marzo y octubre de 2010. En ningún momento, Beatriz realizó pago alguno, aun parcial, a la Tesorería General de la Seguridad Social, ni atendió a los requerimientos que se le hicieron de pago.

Cuestiones planteadas:

¿Es susceptible de tipificación penal la conducta desarrollada por Beatriz?

SOLUCIÓN

Los hechos descritos en el supuesto de hecho no son, pese a su apariencia, de fácil resolución, ya que la jurisprudencia ha venido interpretando de forma diferente supuestos aparentemente idénticos, dando, por tanto, soluciones dispares.

En primer lugar, hay que adelantar que la posible tipificación de los hechos habríamos de ubicarla en el artículo 307 del Código Penal, el cual se encuentra recogido en el título XIV del libro II del Código Penal bajo la rúbrica genérica «De los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social», título que ha sido objeto de reforma en la Ley Orgánica 7/2012, que reforma el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Por supuesto, en la resolución del supuesto que se nos plantea deberemos acudir a la normativa en vigor a la fecha de comisión de los hechos –al ser más beneficiosa–, con lo cual dejaremos al

margen de la nueva regulación, que, básicamente, introduce como principales novedades la de reducir la cuantía a partir de la cual la infracción administrativa se convierte en delito –se pasa de 120.000 € a 50.000 €–, se facilitan las regularizaciones y se introduce un tipo agravado que facilitará la persecución de las tramas organizadas, que, en definitiva, estaban facilitando el ocultamiento de quien era el verdadero empresario defraudador. Tras este breve apunte sobre la nueva regulación, nos centraremos en la resolución del supuesto planteado.

Como ya adelantábamos, debemos acudir al artículo 307 del Código Penal el cual establece: «El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de esta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía». El tipo transcrito no viene sino a constituir, según la jurisprudencia y la doctrina, la transposición de los delitos contra la Hacienda pública –delito fiscal– a los ingresos que recibe la Seguridad Social, de ahí la gran similitud que existe en la descripción legal de los tipos. La conducta típica consiste en eludir el pago de las cuotas de la Seguridad Social y de conceptos de recaudación conjunta. En cuanto a lo que haya de considerarse por cuota, deberemos acudir a lo establecido en el Real Decreto 2064/1995, en cuyo artículo 6 señala: «La cuota de la Seguridad Social expresa el importe de la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un tiempo reglamentariamente delimitado, designado periodo de liquidación, respecto de los sujetos obligados a cotizar. Dicha cantidad resulta de la operación liquidatoria de aplicar un porcentaje, llamado tipo de cotización, a una cantidad fijada en las normas aplicables a la cotización en los diferentes regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, denominada base de cotización, y de deducir, en su caso, el importe de las bonificaciones y/o reducciones que resulten aplicables sin perjuicio de que su cuantía pueda ser fijada». En definitiva, dentro del concepto genérico de cuota cabe considerar como tal tanto la cuota obrera como la cuota patronal. Más dificultades puede plantear qué entender por «conceptos de recaudación conjunta», así el artículo 2.2 del Real Decreto 2064/1995 se refiere a las deudas por cuotas por desempleo, Fondo de Garantía Salarial, formación profesional y cuantos conceptos se recauden o se disponga que en un futuro se recauden, lo cual viene a establecer un sistema de *numerus apertus*. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 1333/2004, de 19 de noviembre, engloba bajo dicha denominación las primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, las aportaciones al Fondo de Garantía Salarial y las cuotas para formación profesional y desempleo. La Sentencia del Tribunal Supremo 523/2006, de 19 de mayo, entiende que dentro del concepto de recaudación conjunta se incluyen todas las sumas que se generen por la omisión consciente de ingreso de las cantidades generadas por los hechos que establecen las leyes de la Seguridad Social, entendiéndose que los recargos por mora e intereses deben ser considerados como objeto de defraudación a los efectos contemplados en el artículo 307 del Código Penal. En el caso que nos ocupa, esto es, el impago de la cuota obrera y de la cuota patronal, no hay duda alguna de que se encuentran dentro del concepto genérico de cuota.

Mayores problemas va a plantear el dilucidar si el mero hecho de no proceder al pago de las cantidades derivadas de las cuotas –que superen los 120.000 € y que el legislador ha establecido

como condición objetiva de penalidad— es subsumible en el tipo penal. El artículo 307 del Código Penal, comienza su redacción explicitando que «el que por acción u omisión defraude a la Seguridad Social», lo que ha llevado a la jurisprudencia y doctrina a plantearse si el mero impago de las cantidades debidas integra el tipo penal, esto es, si el ánimo defraudatorio va insito en todo caso en la omisión dolosa. Dos son, pues, las principales corrientes jurisprudenciales sentadas por el Tribunal Supremo y seguidas por las audiencias provinciales: o bien considerar que la mera omisión del pago a la Seguridad Social integra el tipo del artículo 307 del Código Penal, o bien que no basta con el impago, sino que es necesaria una actuación defraudatoria, pudiendo, en este último caso, diferir sobre la interpretación de qué cabe considerar como actividad defraudatoria.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1334/2004, de 19 de noviembre, concluye que los verbos «defraudar» y «eludir» conducen a la idea de que ha de hacerse algo más que el simple no pagar para integrar el tipo del artículo 307 del Código Penal —ya sea por acción u omisión—, debiendo existir, al menos, alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social.

En sentido radicalmente contrario se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 523/2006, de 19 de mayo, cuando afirma que, cuando el legislador establece la tipicidad de la conducta, lo hace tanto por acción como por omisión, y es precisamente esta equivalencia entre ambas conductas la que prueba que la simple omisión es suficiente para integrar el tipo delictivo, ya que si se exigiera que tal omisión fuera acompañada de una «maniobra de elusión o defraudación» —que solo puede ser llevada a cabo por una conducta activa—, la referencia que se hace en el tipo a la omisión sería superflua. Concluye la sentencia señalando que el delito del artículo 307 del Código Penal consiste en la infracción de un deber y que tal infracción se configura mediante la retención indebida de aquellas sumas que aquel debería haber ingresado.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 1046/2009, de 27 de octubre, vuelve al criterio que mantuvo en el 2004; razona que una vez que se ha comunicado la existencia de la deuda, es suficiente el impago para configurar el delito, pues la omisión a que se refiere el precepto no puede vincularse solo con el pago, sino necesariamente con la declaración previa a la que el sujeto venía obligado. En definitiva, entiende el Tribunal Supremo que, partiendo de la base de que existe un deber de declarar y pagar, la conducta descrita en el tipo —defraudar eludiendo— exige la realización de acciones u omisiones que provoquen la ocultación de aquellos hechos relevantes en relación con el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social; y ello puede producirse mediante la mera omisión de la declaración o mediante una declaración incompleta, ya que ambas ocultan la realidad y por ende suponen una defraudación.

Una vez expuestas ambas corrientes jurisprudenciales, que son seguidas, tanto la una como la otra, por la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales, surge el último de los escollos para dar respuesta a la cuestión planteada. ¿Puede considerarse que la actuación desarrollada por Beatriz de crear empresas y cesar en su actividad para inmediatamente crear otras con el mismo objeto social y trabajadores supone una defraudación? Si tomáramos en consideración la doctrina expuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo 523/2006, el mero hecho de no proceder al pago de sus obligacio-

nes para con la Seguridad Social configuraría el tipo del artículo 307 del Código Penal, sin embargo, si tomamos en consideración la doctrina sentada por las otros dos sentencias, es necesario una «defraudación» para la existencia del delito. Habrá que responder a la última cuestión planteada. Aquí tampoco existe unanimidad ya que se trata de un criterio interpretativo, así la Sentencia del Tribunal Supremo 1046/2009 entiende que, si el obligado a realizar los ingresos en la Seguridad Social cumplió con su deber de declarar las cantidades debidas, las posteriores maniobras de crear nuevas sociedades dejando sin actividad las anteriores no son determinantes para considerar que existe un delito contra la Seguridad Social. Por el contrario el voto particular de dicha sentencia entiende que dicha actuación sí tiene la consideración de defraudación a los efectos del tipo del artículo 307 del Código Penal.

Aunque cualquiera de las dos soluciones tiene fundamento jurídico, entiendo que el hecho de crear sucesivas sociedades que posteriormente dejaba sin actividad, con él único fin de continuar ejerciendo su actividad, dejando en todas ellas deudas pendientes con la Seguridad Social, sin hacer caso a sus requerimientos, denota una premeditada actividad defraudatoria tendente, sin duda alguna, a no realizar pago alguno, con lo que sí cabría entender la existencia de una conducta defraudatoria en Beatriz del delito del artículo 307 del Código Penal.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 307.
- RD 2064/1995, arts. 2.2 y 6.
- SSTS n.º 1333/2004, de 19 de noviembre; n.º 523/2006, de 19 de mayo; y n.º 1046/2009, de 27 de octubre.