



Casuística práctica del delito de defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 y del fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Extracto

Se analizan los delitos de la defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 del CP, fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter del CP, y del fraude de subvenciones del artículo 308 del CP, como una de las corruptelas existentes en el título XIV del libro II del CP en cuanto a la actividad de personas que, lejos de llevar una conducta ordenada en cuanto a las subvenciones y ayudas que se reciben de la Administración pública, las dirigen a otros objetivos distintos, así como los que no cumplen con la Seguridad Social en sus obligaciones contributivas respecto de los trabajadores que con aquellos trabajan.

Palabras clave: fraude de prestaciones; Seguridad Social; defraudación.

Fecha de entrada: 19-06-2021 / Fecha de aceptación: 26-07-2021

Cómo citar: Magro Servet, V. (2022). Casuística práctica del delito de defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 y del fraude de subvenciones del artículo 308 del CP. *Revista CEFLegal*, 259-260, 95-128.



Practical casuistry of the crime of Social Security fraud under article 307 and subsidy fraud under article 308 of the Penal Code

Vicente Magro Servet

Abstract

The crimes of Social Security fraud under article 307 CP and subsidy fraud are analyzed as one of the existing corruptions in title XIV of book II of the CP in terms of the activity of people who, far from having an orderly conduct in terms of subsidies and aid received from the public Administration direct them to other different objectives, as well as those that do not comply with Social Security in their tax obligations with respect to the workers who work with them.

Keywords: fraud of benefits; Social Security; fraud.

Citation: Magro Servet, V. (2022). Casuística práctica del delito de defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 y del fraude de subvenciones del artículo 308 del CP. *Revista CEFLegal*, 259-260, 95-128.



Sumario

1. Introducción
2. El delito de fraude a la Seguridad Social del artículo 307 del Código Penal
3. El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter del Código Penal
4. El delito del fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal

1. Introducción

Recoge el Código Penal en los artículos 305 y siguientes una serie de ilícitos penales con un componente específico cargado de sentido e interés en proteger a la Administración Pública, donde se deben justificar o abonar determinadas cantidades, por sentido contributivo a la Administración pública y al propio Estado. Se trata de conductas con un gran reproche penal, que suponen la defraudación al sistema estatal y de la necesaria aportación económica que deben hacer los ciudadanos para un correcto funcionamiento de los servicios públicos.

Este tipo de conductas podemos calificarlas como de «insolidaridad contributiva punible», porque se trata de las obligaciones de pago contributivas de los ciudadanos ante la Administración pública para el mantenimiento de los servicios públicos, ya que si se extiende y permite el fraude en estos conceptos, se dificulta, con ello, la financiación de estos servicios y la denominada «caja del Estado», sin la que puede funcionar en un país.

Lo que sí llama la atención es la existencia de mecanismos de exención de responsabilidad si se paga en un momento determinado mediante la técnica de la regularización, o, incluso, de creación de subtipos atenuados si se paga una vez se tiene conocimiento de la incoación del procedimiento. El legislador evidencia con ello que lo que pretende y busca es que se pague, ofreciendo hasta exenciones de responsabilidad y aminoraciones de pena, lo que hace aparecer la figura eficaz del «arrepentido» en estos delitos del título XIV del libro II del CP.

Veamos con ello qué se trata de proteger, y, por ende, se sanciona:

1. Artículo 305 del CP: Delito fiscal con la agravación del artículo 305 bis del CP.
2. Artículo 306 del CP: Defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea.
3. Artículo 307 del CP: Defraudación a la Seguridad Social y agravación del artículo 307 bis, así como la modalidad delictiva del artículo 307 ter.
4. Artículo 308: Fraude de subvenciones y ayudas de la Administración pública.
5. Artículo 310 del CP: Delito contable.

Se trata, como vemos, de una serie de tipos penales dirigidos a sancionar conductas de incumplimiento de obligaciones de pago a la Administración, de deslealtad a la misma en casos de subvenciones o ayudas y de fraude contable en las empresas.

Estos tipos penales tienen algunas peculiaridades distintivas, entre las que destacan la diferencia en las cuantías y periodos que se consideran para entender cometido el delito según cada caso. Veamos.

Delito fiscal (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 indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros.	<p>2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior:</p> <p>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).</p> <p>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.</p>

Delito de fraude a los presupuestos de la UE (art. 306 CP)

Cantidad	Periodo
Cuantía superior a 50.000 euros.	Sin fijación de periodo.
Subtipo atenuado: Más de 4.000 euros hasta 50.000.	

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.

Delito de fraude de subvenciones o ayudas (art. 308 CP)

Cantidad	Periodo
Valor superior a 100.000 euros. Subtipo atenuado: más de 10.000 y menos de 100.000 euros.	Sin periodo concreto. Se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente.

En esencia existe una diferenciación entre cuantías y periodos que se tendrán en cuenta a la hora de determinar que nos encontramos ante un ilícito penal, o, en su defecto, nos vamos a una mera infracción administrativa, ya que vamos de los 50.000 euros del fraude a la Seguridad Social a los 120.000 euros del delito fiscal, con fijación de periodos en unos casos para sumar las cuantías, por si llegan a la suma fijada en el tipo, o bien sin indicación de periodos y refiriéndose solo el tipo a que se alcance la cuantía fijada.

Debemos también señalar, como ya hemos apuntado, la existencia de mecanismos de exención de pena y atenuación para el que pague en sus plazos, abriendo la figura del «delincuente económico arrepentido en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad social», y que están de la siguiente manera reflejados:

Delito	Regularización	Subtipo atenuado
Fiscal (art. 305 CP).	Art. 305.4. Exención de pena. Extensiva a irregularidades contables u otras falsedades instrumentales.	Art. 305.6. Pena inferior en uno o dos grados si se paga antes de que transcurran 2 meses desde la citación judicial como imputado. Extensible a los que 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 tributario o de otros responsables del delito.



Delito	Regularización	Subtipo atenuado
▶ Fraude a la Seguridad Social (art. 307 CP).	Art. 307.3. Extensiva a irregularidades contables u otras falsedades instrumentales.	Art. 307.5. Pena inferior en uno o dos grados, si se paga antes de que transcurran 2 meses desde la citación judicial como imputado. Extensible a los que 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.
Fraude de prestaciones de la Seguridad Social (art. 307 ter).	Art. 307 ter.3. Exención de pena al 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. Alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales.	
Fraude de subvenciones (art. 308 CP).	Art. 308.6. Exención de pena cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió.	Art. 308.8. Pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro 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 o del responsable del delito.

Vamos, pues, a analizar en concreto en las presentes líneas los delitos relativos al fraude a la Seguridad Social y el de subvenciones y ayudas por su directa e íntima relación con el ámbito empresarial, porque debemos notar la importancia de la posible colaboración de terceros en el fraude que podría arrastrarles a un modelo de participación criminal en los hechos.

2. El delito de fraude a la Seguridad Social del artículo 307 del Código Penal

En este delito recordemos que se sanciona esa negativa a contribuir con sus obligaciones ante la Seguridad Social. Se trata de un delito de «insolidaridad contributiva», habida cuenta de que el sujeto autor del delito lo que lleva a cabo es una conducta infractora, que radica en el incumplimiento de una obligación de contribución económica con el Estado, pero también con sus propios trabajadores, mediante la ilusión de las prestaciones obligatorias que debe llevar a cabo por las propias contribuciones que los trabajadores deben realizar por conducto de la empresa por trabajar en la misma. Se trata, por ello, de un ataque al Estado y a sus propios trabajadores.

A) Forma comisiva

Se recoge en el artículo 307 del CP: «1. 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».

B) La cuantía del fraude

Ya se ha expuesto que «la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo».

C) Supone una clara voluntad de no contribuir con el Estado en sus obligaciones a la Seguridad Social

Y por ello se recoge que lleva aparejada «la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.»

D) Forma de determinar el cómputo de los más de 50.000 euros

Se produce el cálculo para ese importe teniendo en cuenta el importe total defraudado durante cuatro años naturales.

E) ¿Cómo puedo llevar a cabo la regularización?

Se recoge en el apartado 3.º que

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

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

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

Hay que señalar que este es uno de los pocos delitos donde cabe el «arrepentimiento» del autor del delito. Quizás en este caso y en otros el legislador ha optado por aplicar una exención de responsabilidad en el caso de que el autor del delito regularice su deuda, es decir, se ponga al día y abone lo que tenía que haber abonado en su momento.

Puede parecer injusto que en otros hechos delictivos no quepa el arrepentimiento y se pueda en estos delitos contra el Estado y las Administraciones públicas proceder al abono de la cantidad correspondiente, produciéndose la plena y efectiva regularización con exención de responsabilidad. Quizás lo que se busca es la materia del abono de la responsabilidad civil del autor del delito y de esta manera que suponga un incentivo pagar la deuda, que es, al fin y al cabo, lo que busca en este caso la Administración pública.

Sin embargo, nótese que para la viabilidad de la aplicación de esta exención de responsabilidad penal se exige que la regularización se haga en unos momentos precisos, y concretos que debe llevar a cabo en este caso la persona que ha realizado el incumplimiento ante la Seguridad Social, ya que si se hace posteriormente, lo que se aplicaría es una rebaja punitiva, como más tarde veremos, pero no la exención de responsabilidad penal que conlleva la regularización en la deuda.

F) Mantenimiento de la vía administrativa de reclamación pendiente de procedimiento penal por este delito

Importante a los efectos de que la Seguridad social puede seguir adelante con su procedimiento administrativo de persecución económica es que no hay suspensión de estas actuaciones por haberse incoado proceso penal.

Señala, así, el apartado 4.º:

La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal.

G) Subtipo atenuado a la hora de pagar *ex post* a los momentos fijados para la operatividad de la regulación de la deuda ante la Seguridad Social

Producido el transcurso de los plazos establecidos para la regularización de la deuda con la Seguridad Social, también le quedaría la posibilidad de la aplicación de un subtipo atenuado, en este caso al autor del delito para conseguir una rebaja en la pena, si se hace una vez transcurridos los momentos ya establecidos para la regularización de la deuda.

Así, señala el apartado 5:

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

Nos encontramos en este punto con varios aspectos importantes que deben ser destacados, ya que se fija ese subtipo atenuado con un plazo escueto de 2 meses para llevar a

cabo ese pago tras la citación judicial. No obstante, también se puede aplicar este subtipo atenuado para aquellas personas distintas del deudor con la Seguridad Social, pareciendo referirse el texto penal a aquellos asesores o gestores que lleven la gestión de este tipo de pagos del deudor y que, en consecuencia, hubieran colaborado con el mismo en la comisión del delito y que lleven a cabo una especie de arrepentimiento mediante la colaboración con la Administración pública y la de Justicia, o la de la Seguridad Social. Todo ello al objeto de aportar pruebas y descubrir al autor del delito, lo que le supondría a estos colaboradores directos del deudor, pero también posibles responsables criminales del delito cometido, que podrían tener una rebaja importante en 1 o 2 grados, pudiendo conseguir en este caso la conformidad y la suspensión de la ejecución de la pena.

No obstante, recordar que en el artículo 307 del CP citado estamos hablando de un arco de pena elevado, ya que se trata de prisión entre 1 y 5 años, con lo cual, superados los 2 años de condena no cabría la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena, de lo que se desprende la posibilidad de que aquellos asesores y gestores de las actividades del deudor con la Seguridad Social puedan colaborar, a fin de conseguir una conformidad mediante la aplicación de esta vía colaborativa en cuanto a la aportación de pruebas y descubrimiento del autor para por medio de la conformidad conseguir la suspensión de la ejecución de la pena.

H) La colaboración de la Seguridad Social

Hemos señalado que es objetivo prioritario en este tipo de procedimientos la recuperación de las cantidades defraudadas, y es por ello por lo que en el apartado sexto se encauza una vía para exigir una colaboración de la Seguridad Social con este fin, señalando que:

En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social, que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

El Tribunal Supremo ha analizado este delito en la reciente Sentencia núm. 477/2022 de 18 de mayo (rec. núm. 1695/2020).

En este caso concreto se creó un entramado de empresas en las que el autor iba dando de alta a trabajadores, no pagaba a la Seguridad Social las prestaciones de los trabajadores, cerraba las empresas y creaba otras traspasando los trabajadores, y así sucesivamente.

En este caso la prueba indiciaria construida para motivar la existencia del delito del artículo 307 del CP fue la siguiente:

- a) Hubo impago generalizado de las cuotas de la Seguridad Social.
- b) La no intención de pagar se evidencia de la ausencia de gestión alguna ante la Administración de la Seguridad social para intentar regularizar el pago.
- c) No se han atendido los requerimientos de la Administración pública en ningún momento, lo que evidencia voluntad de no pagar.
- d) La construcción del entramado societario y la operativa de altas y bajas evidencia el propósito defraudador.
- e) Creación de testaferros en su mecánica operativa en las empresas *ad hoc*.

Además, en la sentencia se hacen constar dos datos relevantes que es preciso tener en cuenta en estos casos:

1. Existe el ardid constructivo de diseñar el fraude con un entramado de empresas que le sirviera de soporte aparente con testaferros puestos *ad hoc* para contribuir a crear una apariencia de realidad, que se reducía a una pura ficción orquestada y dirigida al fraude de esas deudas a la Seguridad Social por los conceptos del tipo penal que determinan la condena.
2. Con ello, el proceso de inferencia es correcto. No se trató de que «no pudiera pagar». Se trató, muy al contrario, de un diseño específico para no pagar, quedando preestablecida la voluntad de no pagar y diseñando un engranaje específico para no hacerlo, aunque ello llevó, como era obvio, al descubrimiento de la operativa llevada al efecto.

En la antes citada sentencia se contemplan aspectos de sumo interés que es preciso sistematizar en el análisis del delito objeto de examen. Veamos.

A) La acción de defraudar

«Se elabora una relación extensa del arsenal probatorio concurrente con ánimo tendencial a la acción típica con la que comienza el tipo penal de "defraudar"».

Y, sobre ello, el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia define «defraudar» como:

1. Privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho.
2. Frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o algo.
3. Eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones.
4. Turbar, quitar, entorpecer algo.

B) El dolo o intención de defraudar

Además, sobre la concurrencia del dolo o intención de defraudar a la Seguridad Social ex art. 307 CP este se evidencia de las conductas que se han declarado probadas y que llevan a la convicción de la preordenación de la conducta del autor tendente a ese fraude. No se trató simplemente de una incapacidad de pagar por circunstancias coyunturales, sino de una orquestación diseñada a no pagar con ese entramado.

C) No se exige un adicional dolo subjetivo

Además, debe dejarse claro que el delito de defraudación a la Seguridad Social, en su aspecto subjetivo, es doloso y no requiere la presencia de ningún elemento subjetivo adicional, como sería el ánimo de defraudar. En cualquier caso, dado que la conducta típica lo es para el que 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, será el proceso de inferencia del juez o tribunal derivado de la prueba practicada la que evidencia y determine la existencia de la «defraudación» en el contexto tan amplio terminológico que hemos explicado.

Solo será delictiva la conducta si se elude el pago de las cuotas y los conceptos de recaudación conjunta, defraudando. El mero impago de esas cuotas y conceptos no será constitutivo de delito. Hay que evaluar el contexto y alcance de la situación de impago.

Sobre este elemento subjetivo del injusto en los tipos penales hay que señalar que la mejor doctrina ha entendido el dolo como conocimiento y voluntad. A este respecto, baste recordar que el elemento intelectual requiere que

«para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica [...]. El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente a la conducta como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, conducta, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.»

Nos encontramos, en el caso del artículo 307 del CP, con un delito doloso caracterizado por la conducta de defraudación 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, según la redacción del texto penal.

D) El mero hecho de no pagar cuotas no es delito

El mero hecho de impagar cuotas, de obtener devoluciones o de disfrutar de deducciones indebidas no será una conducta típica. Nos encontramos con lo que

la mejor doctrina denomina como un delito compuesto alternativo o acumulativo (defraudar a través de cualquiera o de más de una de las tres conductas alternativas), por lo que es imprescindible que se defraude a la Seguridad Social mediante cualquiera de las conductas comisivas por acción u omisión. El tipo restringe la relevancia penal a estas tres modalidades defraudatorias.

Y la existencia del dolo es lo que lleva a la comisión delictiva, ya que se trata de un impago ante una obligación que existe de atender este cumplimiento ante la Seguridad Social, a fin de que los trabajadores tengan, luego, la cobertura de la Administración pública procedente. Y es una obligación de puntual pago periódico que tiene establecido el sistema de la Seguridad Social, por lo que si se tratara de una imposibilidad puntual de atender sus obligaciones de pago, lo que se debe hacer es trasladar y comunicarse con la Administración acreedora para fijar aplazamientos u otras fórmulas de pago, pero no articular todo un sistema enfocado a la conducta defraudadora, que es lo que determina la condena por el tipo penal del artículo 307 del CP.

E) Se exige impago defraudando

Pero hay que tener en cuenta que la acción típica exige que se haga además defraudando. La acción típica no es no pagar, sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas. Por ello, la descripción típica de la conducta no se limita a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber exista y se supere una determinada cantidad, sino que exige que ello se haga, además, defraudando, y aquí es donde se alcanza el proceso de inferencia del fraude y el dolo de llevarlo a cabo.

F) Elementos del tipo penal

Nótese que si acudimos a la descripción del tipo penal, nos encontraremos con los siguientes elementos en el artículo 307 del CP, a saber:

1. Forma de ejecutarse: por acción u omisión.
2. Aspecto tendencial u objetivo perseguido con la conducta: defraudar a la Seguridad Social.
3. Formas comisivas:
 - a) Eludiendo el pago de las cuotas de esta y conceptos de recaudación conjunta.
 - b) Obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas, o
 - c) Disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida.
4. Cuantía a partir de la cual se entiende cometido el delito: siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 50.000 euros.

En consecuencia, nos encontramos ante un tipo penal que exige el ánimo tendencial del fraude a la Administración al exigir, no solo la elusión del pago, sino que ello se haga mediante defraudación, por lo que no puede entenderse que se persigue penalmente a quien no puede, temporalmente, pagar lo que corresponde, o a quien, simplemente, ha decidido no pagar, aun cuando deba luego hacer frente a las correspondientes sanciones administrativas a causa del impago. Ni tampoco a quien no declarando correctamente, sin embargo, paga lo que procede si ello fuera posible.

Y en estos casos no se trata tanto de la aplicación del principio de intervención mínima de derecho penal –no es ese el ámbito de un alegato defensivo en estos supuestos–, sino de que la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad, no paga.

Con ello, la falta de pago va anudada a la finalidad defraudadora a la Seguridad Social, que puede inferirse de los hechos que resulten probados, y de la actuación colaborativa del deudor, de su reconocimiento de deuda y búsqueda de mecanismos preconstituidos de prueba para solucionar cómo atender ese pago debido de las cotizaciones, pero de manera que se detecte una conducta colaborativa y no simplemente negándose al pago de forma sistemática, lo que podría integrar el fraude directo a la Seguridad Social si la conducta es de reiteración, quedando palpable de una voluntad seria y persistente de no atender sus obligaciones, lo que integraría una inferencia de defraudación como objetivo ínsito en el modo de operar, u omitir para no contribuir con sus obligaciones periódicas, o pactar con la Administración cómo llevarlo a cabo cuando razones impeditivas no permitan al deudor llevarlo a cabo.

Se contemplan en la sentencia otros elementos del delito del artículo 307 del CP, que es preciso destacar y sistematizar:

A) Las conductas desplegadas evidencian la ilicitud de la conducta y su tipicidad

- a) Constitución de un entramado de empresas, para el ejercicio de la actividad empresarial dentro del sector de la automoción, que desarrollaba y que regentaba el mismo, colocando al frente de las mismas como administradores formales, para encubrir su actuación y eludir sus responsabilidades, a diversos trabajadores que utilizaba como testaferros.
- b) Procedió a eludir el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social por razón de los trabajadores que tenía empleados, que eran los mismos en las diferentes empresas que se sucedían.
- c) Actuó con el ánimo de defraudar eludiendo el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

B) ¿A quién se sanciona en el artículo 307 del CP?

Se sanciona, así, por la vía del artículo 307 del CP:

a) A quien debe declarar por su actividad correctamente los hechos de los que nace la obligación de pago de las cuotas, y seguidamente, el deber de pagar o ingresar el importe pertinente.

b) Se exige no solo la elusión del pago, sino que ello se haga mediante defraudación. Con ello:

1. No puede entenderse que se persigue penalmente a quien no puede, temporal o definitivamente, pagar lo que le corresponde, o

2. A quien, simplemente, ha decidido no pagar, aun cuando deba luego hacer frente a las correspondientes sanciones administrativas a causa del impago.

3. Ni tampoco a quien no declarando correctamente, sin embargo paga lo que procede, si ello fuera posible.

c) La conducta típica es «defraudar eludiendo», es decir, una acción que lleva un componente intencional, aunque sin las exigencias de los elementos de la estada y una progresividad en la acción que se demuestra con esa reiteración en la conducta.

Por el contrario, la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien, ocultando la realidad, no paga.

C) Marco regulador como norma penal en blanco

Sobre este delito del artículo 307 del CP hay que fijar el marco regulador al que se remite la norma penal 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.

D) Bien jurídico protegido

Como señala la mejor doctrina respecto a este tipo penal, hay que señalar que el bien jurídico protegido es, en consecuencia, la parte del patrimonio del sistema de la Seguridad Social correspondiente a las cuotas debidas por el sujeto obligado. Con la salvaguardia de este patrimonio se cumple, a su vez, la doble función recaudatoria y protectora de la Seguridad Social. Es necesario preservar la función recaudatoria para que el sistema de la Seguridad Social desarrolle la acción protectora que proclama el artículo 41 de la Constitución española, al atribuir a los poderes públicos la instauración de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos.

Por ello, son conductas graves, y no livianas, o meras infracciones de atender obligaciones de pago, las conductas de obligados al pago de las cotizaciones de sus trabajadores a la Seguridad Social por medio de alguna de las conductas del tipo y con ámbito tendencial de defraudar, que se desprenderá de la prueba practicada, como ya se ha expuesto con detalle.

Hay que señalar, también, que en el tipo penal del artículo 307 del CP, como señala la doctrina, el objeto material sobre el que recae la conducta delictiva es la parte del patrimonio del sistema de la Seguridad Social correspondiente a la integridad del importe de las «cuotas», de los «conceptos de recaudación conjunta», a las que tiene el derecho de percibir la Seguridad Social y que el sujeto obligado debería haber ingresado, así como el importe de las deducciones o devoluciones indebidas.

También hay que destacar que la defraudación eludiendo el pago requiere la ocultación mendaz o engañosa, por acción u omisión, a la Seguridad Social, de datos relevantes para la determinación de la cantidad a ingresar a esta en concepto de cuotas, de tal forma que la Seguridad Social desconozca los hechos que fundamenten el origen y la cuantía de la deuda, bien sea total o parcialmente. Equivale a esquivar el pago de las cuotas, a través de una declaración falsa (acción) o también por no hacer la declaración debida (omisión). (SSTS 582/2018, de 22 de noviembre; 564/2018, de 19 de noviembre, y 1046/2009, de 27 de octubre [NSJ061622]).

Así, dijimos en STS 582/2018, de 22 noviembre, rec. núm. 2283/2017 que:

«Es cierto que el hecho de no pagar a la Seguridad Social no supone sin más una defraudación y no es delito el no abonar las cuotas a la Seguridad Social sin que realice maniobra de ocultación que pudiera perjudicar a la labor investigadora, puesto que el simple impago sin la concurrencia de un elemento de mendacidad solo constituye una infracción tributaria cuya sanción excede del ámbito penal.

De ahí que la sanción típica no es no pagar sino el «defraudar» eludiendo el pago de las cuotas, lo que exige el desarrollo de acciones u omisiones que provoquen la ocultación de los hechos relevantes, tributariamente o en relación al ingreso de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social, y si bien es cierto que la mera omisión de la declaración o una declaración incompleta puede suponer una defraudación, también lo es que la falta de pago de la cantidad debida por el obligado por imposibilidad económica constatada, sin ningún artificio o maniobra de ocultación, excede el ámbito de la responsabilidad penal e incide en una infracción administrativa».

E) La ocultación de datos relevantes a la Seguridad Social

Así pues, la conducta defraudadora consiste en la ocultación de datos relevantes para la determinación de la cantidad a ingresar a la Seguridad Social, elemento objetivo por lo que el elemento subjetivo debe proyectarse sobre el conocimiento de la existencia de dicha conducta y de su significado y consecuencias.

La acepción «defraudar» significa engaño, pero la significación actual no hace referencia expresa al engaño, sino que comprende tanto «el privar a uno con abuso de confianza, con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca en derecho» como «eludir o burlar el pago de los impuestos», ambas acepciones llevan a estimar que se requiere algo más que el hecho de no pagar, para que este delito se cometa, por acción u omisión, al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los Servicios de la Seguridad Social (STS 1333/2004, de 19 de noviembre [NCJ053505]).

Extremos que conducen a determinar que la conducta típica exige que «el incumplimiento se realice defraudando», es decir, acción u omisión tendente a esa maniobra de evasión o defraudación».

Esta doctrina, que coincide con la establecida para el delito contra la Hacienda Pública, de similar tipificación, ha sido reiterada posteriormente en otras resoluciones, por ejemplo STS 1046/2009, de 27 de octubre (NSJ061622), en el sentido que ello no quiere decir que, cuando se ha comunicado la existencia de la deuda, sea bastante el impago para configurar el delito, pues la omisión a la que se refiere no puede vincularse solo con el pago, sino necesariamente con la declaración previa, a la que el sujeto viene obligado. La descripción típica no se limita a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber exista y se supere una determinada cantidad, sino que exige que ello se haga, además, defraudando.

La acción típica no es no pagar, sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas. Y, en cualquier caso, la precisión del concepto de lo que significa «defraudar eludiendo» debe superar la situación creada por quien comunica la existencia de la deuda y luego no realiza el ingreso que reconoce deber, sean cuales sean los cauces empleados para no realizar tal ingreso.

La omisión, en consecuencia, será una acción típica porque supone una conducta en la que implícitamente se afirma que no concurren los presupuestos fácticos que harían obligatorio el pago de las cuotas o cantidades correspondientes.

F) Su relación con el delito fiscal del artículo 305 del CP

En este sentido, aunque referida al delito fiscal del artículo 305, en el que igualmente la acción típica examinada es defraudar eludiendo el pago, se pronunció esta Sala en la STS núm. 1505/2005 (NFJ021672), en la que se concluye que «no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquel se basa o se origina».

En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS núm. 801/2008 (NFJ036248), en la que se afirmó que «para que se produzca la conducta típica del art. 305 CP,

no basta el mero impago de las cuotas, porque el delito de defraudación tributaria requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de las bases tributarias (véase STS de 20 de junio de 2006, entre otras)».

La posible confusión deriva principalmente de la identificación de maniobra mendaz o maniobra de elusión con el engaño o maniobra engañosa propia de la estafa, a la que, por otra parte, se podrían asemejar algunas conductas contenidas en el artículo 305.

G) Para llegar a apreciar el fraude no es preciso un engaño similar al exigido con la estafa

Cuando se trata de la conducta consistente en defraudar eludiendo el pago del tributo o, en el caso presente, eludiendo el pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social, es claro que el tipo objetivo no exige un engaño consistente en una maquinación de contenido bastante para conseguir un acto de disposición del engañado en su perjuicio o en el de un tercero. No es preciso, por lo tanto, un engaño de la clase del exigido en la estafa.

Pero en ambos supuestos ha de partirse de que la ley impone al obligado una conducta, un deber, consistente en declarar correctamente los hechos relevantes tributariamente o los hechos de los que nace la obligación de pago de las cuotas, y, seguidamente, el deber de pagar o de ingresar el importe pertinente. Al exigir no solo la elusión del pago, sino que ello se haga mediante defraudación, no puede entenderse que se persigue penalmente a quien no puede, temporal o definitivamente, pagar lo que corresponde, o a quien, simplemente, ha decidido no pagar, aun cuando deba luego hacer frente a las correspondientes sanciones administrativas a causa del impago. Ni tampoco a quien no declarando correctamente, sin embargo paga lo que procede, si ello fuera posible.

H) Se castiga a quien defrauda eludiendo

Por el contrario, la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declara correctamente o simplemente no declara y, además, no paga. Es decir, que a los efectos de estos delitos, la defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde.

También en la Sentencia 564/2018 de esta sala del 19 noviembre de 2018 señalamos que:

«El deber cuya elusión constituye la defraudación a la que se refiere el precepto penal está contemplado en la respectiva ley administrativa que establece el sistema de cotizaciones y que obliga al sujeto pasivo a poner en conocimiento de la Administración, con corrección, en forma completa y sin falsedad, los respectivos hechos impositivos ocurridos dentro del ejercicio fiscal correspondiente (arts. 248 y concordantes del 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) (en igual sentido STS 13/2006, de 20 de enero [NFJ021506]).

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no se sanciona la mera omisión de la declaración ni el simple impago, entendido este como omisión del ingreso material del dinero, cuando se ha hecho la declaración veraz. El tipo exige una conducta defraudatoria, mendaz, de ocultación de las bases de cotización o de ficción sobre devoluciones o gastos deducibles. Tanto el incumplimiento del pago de cotizaciones como la conducta defraudatoria son los requisitos típicos para la concurrencia del tipo de elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social. Esta sala así lo ha establecido en numerosas ocasiones, y sirva a modo de ejemplo la STS 1333/2004, de 19 de noviembre (NCJ053505) en la que se hace un completo análisis del concepto de defraudación».

En la Sentencia 1333/2004 del Tribunal Supremo de 19 noviembre de 2004, rec. núm. 1407/2003 (NCJ053505) recogimos que:

El art. 307 CP utiliza el verbo eludir. Aquí habla de defraudación «para eludir» el pago de las cuotas correspondientes.

En el art. 305, respecto del paralelo delito fiscal, nos dice defraudar «eludiendo el pago de tributos». Entendemos que son términos diferentes que expresan la misma idea, la que tiene este verbo (eludir) en nuestro lenguaje según el Diccionario de la Real Academia de la Española: «Huir de la dificultad, esquivarla o salir de ella con algún artificio». En lo que aquí nos interesa equivale a esquivar el pago de las cuotas de la Seguridad Social o de los tributos, que puede hacerse a través de una declaración falsa (acción) o también por no haber la declaración debida (omisión).

También se usa el verbo defraudar, palabra que viene del latín «defraudare» que a su vez procede de «fraus, fraudis» que significa engaño; pero la significación actual no hace necesariamente referencia al engaño. El referido diccionario oficial, en sus dos primeras acepciones, únicas que aquí nos interesan, nos dice que defraudar es:

«1) Privar a uno con abuso de confianza, con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca en derecho.

2) Eludir o burlar el pago de los impuestos».

Si nos acogemos a este segundo significado, defraudar es una redundancia respecto de eludir.

Si tomamos el primero, que parece lo más adecuado a fin de conceder algún valor a lo que el legislador expresamente nos dice, el término defraudar nos lleva al incumplimiento de un deber por infidelidad a las propias obligaciones, con lo que se perjudica a alguien en sus derechos.

En todo caso, ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social».

Supone, podemos asegurar, un fraude al sistema de la Seguridad Social y grave por no procurar al mismo los fondos necesarios para sus prestaciones a los acreedores de las mismas. Si existe fraude por los obligados al pago y este se extiende, incluso podría crearse graves disfunciones en los pagos de la Seguridad Social.

Existe también lo que podríamos denominar una especie de *insolidaridad punible*, en tanto en cuanto el sujeto autor defrauda con el impago de cuotas dolosamente y «contribuye» a dificultar el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social con los ciudadanos con derecho a ello.

Se contempla, así, por la doctrina que estamos ante un delito compuesto alternativo o acumulativo, porque la conducta típica está combinada por una acción nuclear y principal de defraudar a la Seguridad Social, que, a su vez, debe conseguirse a través de cualquiera, de algunas o de todas, de las tres modalidades alternativas determinadas».

I) La condición objetiva de punibilidad

Hemos ya secuenciado las cuantías que en cada uno de los delitos de este título XIV contempla el texto penal y a tal efecto destaca la mención que lleva a cabo la sentencia de este tema y del requisito de la fijación de la cuantía como condición objetiva de punibilidad.

Así, se destaca que «resulta curioso que en los distintos tipos penales en materia de fraude a la Administración Pública sean distintas las cuantías y formas de fijarlas temporalmente. Así:

1. Delito fiscal: (Art. 305 CP). La cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior:

a) Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada periodo impositivo o de declaración, y si estos son inferiores a doce meses, el importe de lo defrau-

dado 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.

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.

2. Hacienda Europea: (Art. 305.3 CP). Cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de cien mil euros en el plazo de un 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 este apartado.

Si la cuantía defraudada no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.

3. Defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta: (Art. 306 CP). En cuantía superior a cincuenta mil euros, aunque es típica también si la cuantía defraudada o aplicada indebidamente no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil.

4. Fraude a la Seguridad Social: (Art. 307 CP). La cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros.

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

5. Fraude de subvenciones o ayudas: (Art. 308 CP). Valor superior a cien mil euros.

La cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil.

A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente.

En todos estos casos hay que señalar que se tratan de condiciones objetivas de punibilidad, y no, puramente, un elemento del tipo, ya que la determinación objetiva de la cuantía objeto del fraude así debe determinarse como tal, objetivando la misma, como ya se hizo constar en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 491/2015 de 23 julio de 2015, rec. núm. 252/2015, que diferencia los ámbitos administrativo y penal en cuestiones atinentes a las cuantías en tipos penales semejantes. Apunta, así, la citada sentencia que:

«La jurisprudencia, cuando ocasionalmente se ha pronunciado, se ha decantado por entender que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad; así, las SSTS núm. 4216/1990 de 27 de diciembre, 38/2005, de 28 de enero, 643/2005, de 19 de mayo (NFJ020606), 571/2006 de 21 de abril (NFJ034496) y 160/2009 de 12 de febrero (NFJ033866), respecto del delito contra la Hacienda Pública; o las SSTS núm. 1156/1997, de 29 de septiembre, 435/2002 de 1 de marzo, 514/2002 de 29 de mayo, 2052/2002, de 11 de diciembre, 830/2003 de 9 de junio, 1030/2013, de 28 de noviembre, respecto del delito de fraude de subvenciones; o la STS núm. 646/2014, de 8 de octubre (NCJ059003), respecto del delito de contrabando. Donde, es cierto que, de manera sucinta, enfatizan la finalidad de la condición objetiva de punibilidad de diferenciar el delito de la infracción administrativa, de modo que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía mínima establecida como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas se relega al Derecho administrativo sancionador».

Incluso, la doctrina más especializada recuerda a tal respecto, con relación al art. 307 CP, que esta cuantía, a partir de la cual la conducta sería constitutiva de delito, es una condición objetiva de punibilidad que exime de pena a la conducta defraudatoria que ha sido típica, antijurídica y culpable. El preámbulo de la LO 7/2012 también considera esta cuantía mínima como una condición objetiva de punibilidad. La cuota defraudada, considerada como condición objetiva de punibilidad, y no como elemento de tipicidad, no debe ser abarcada por el dolo del autor, lo que hace intrascendente que el conocimiento del sujeto obligado se extienda a la cuantía de lo verdaderamente defraudado, con la consecuente irrelevancia de un hipotético error de tipo sobre la cuantía.

3. El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter del Código Penal

También se ha analizado el artículo 307 ter del CP en cuanto al fraude de prestaciones a la Seguridad Social en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 561/2022, de 8 de junio.

Se trata en esta sentencia de un delito contra la Seguridad Social, por fraude de prestaciones por desempleo, entre 2008 y 2010, por cantidad de 3.941.306 euros. Fueron condenados por delito de fraude de prestaciones por desempleo del actual artículo 307 ter del CP.

Este delito antes se sancionaba por la vía del artículo 308 del CP hasta su tipificación autónoma por virtud del artículo 307 ter del CP.

Comisión del delito:

La simulación/falseamiento de la existencia de una relación laboral previa, entendemos que queda perfectamente reflejado en el pasaje que se relata que los acu-

sados, «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 [...]».

Prueba de indicios numerados para llegar a esa conclusión:

Diferentes elementos tenidos en cuenta por estos para constatar la estrategia defraudatoria, que sistematiza en distintos apartados, como los siguientes:

- 1.º La constatación de una absoluta falta de negocio de la gran mayoría de sociedades investigadas, o, en otras, la desproporción entre el número de trabajadores y la actividad empresarial que genera.
- 2.º Los cortos periodos de alta en la Seguridad social, con la finalidad de alcanzar un mínimo periodo de cotización, así como el trasiego de trabajadores entre sociedades del entramado empresarial, con el consiguiente efecto de no levantar sospechas ante los organismos estatales, particular este que, además, ha sido avalado por diversos testigos, entre ellos [...], quien ratificó en el plenario lo que había reconocido en sede policial, de que pagó una suma de dinero para suscribir un contrato con una de las mercantiles que aparecen en la relación de las 48 que se enumeran en los hechos probados [...] y que nunca llegó a trabajar para dicha mercantil.
- 3.º Domicilios ficticios, como simples despachos o de personas, pero lugares en los que no hay indicio alguno de la existencia de la sociedad; incluso, descampados, solares sin construir o direcciones inexistentes.
- 4.º Presentación de documentos de cotización sin ingreso de cuotas, generadores desde su inicio de una deuda, que asciende a un considerable volumen habida cuenta el importante número de trabajadores, que se calcula que pueden superar el millar.
- 5.º Inexistencia de bienes ni muebles ni inmuebles, ni cuentas bancarias a nombre de las sociedades.

6.º Administradores de derecho como meros testaferros, particular que queda corroborado por el testimonio de tres de esos ficticios administradores, quienes manifestaron desconocer ese cometido, incluso las empresas con las que se les relacionaba.

7.º Se destaca, también, como indicios que convergen en la misma dirección en cuanto a la ficción e inexistencia de las empresas, el idéntico o análogo objeto social de las mismas, y se insiste en que no han sido hallados bienes muebles o inmuebles de su titularidad.

8.º Inexistencia de datos declarados ante la AEAT y declaraciones de los trabajadores, como evidencia de la ficción y consecuente inexistencia de las relaciones laborales amparadas bajo esas ficticias empresas.

La vía del artículo 308 del CP para sancionar hechos del actual artículo 307 ter del CP añadido en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

Sentencia de Tribunal Supremo núm. 561/2022 de 8 de junio.

Alegan los recurrentes que han sido condenados por un delito que no se encontraba en vigor cuando cometieron los hechos, como el de fraude de subvenciones del art. 308 CP según redacción vigente por LO 15/2003, cuando el fraude a las prestaciones por desempleo a la Seguridad Social se introduce en el art. 307 ter por LO 7/2012 de 27 de diciembre, que es por el que acusaban las acusaciones, por lo que, si así fue, es porque antes no tenía cobertura legal.

La sentencia de instancia explica que, a raíz de acuerdo de Pleno de 15 de febrero de 2002, la jurisprudencia venía entendiendo que el 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 ser 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, que pasan a agruparse todas, sin distinción, en el nuevo 307 ter.

Esa sentencia de instancia hace mención al referido acuerdo del pleno, y añade que el antiguo 308 solo era extensible al fraude de subvención por prestaciones por razón de desempleo, no a otros fraudes, como por jubilación, viudedad, orfandad, etc., que los llevaba a la estafa en concurso con falsedad, y que, si se comparan sus penas podían ser más elevadas; mientras que si nos quedamos en los fraudes por desempleo, únicos a los que entiende, estrictamente, de aplicación el antiguo 308, que contempla una pena de 1 a 4 años, siempre más favorable que el nuevo 307 ter, que, al ser superior a 50.000 (apdo. 2) el fraude, llevaría una pena de 2 a 6 años.

Dicho de manera más resumida, el que se creara un específico delito en el art. 307 ter no significa que con anterioridad a su creación las conductas que contempla no

fueran constitutivas, y que la razón por la cual no se acude a él es en observancia del principio de irretroactividad de la ley penal menos favorable al reo (art. 2.2 CP).

Una lectura de determinados pasajes del Preámbulo de la LO 7/2012, donde se dan las explicaciones de la creación del nuevo art. 307 ter, ayudan a comprender lo que se acaba de exponer. Por un lado, dice el legislador que «se introduce un tipo específico para la penalización de las defraudaciones en prestaciones del Sistema de la Seguridad Social mediante un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social», y más adelante que «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».

Y la conclusión es muy sencilla: si el art. 308, vigente en la época de los hechos, llevaba aparejada una pena de prisión de uno a cuatro años, y el nuevo 307 ter, puesto que, por la cuantía de la defraudación, debiera ser de aplicación su apdo. 2, contempla una de dos a seis años, no queda ninguna duda de la corrección de la sentencia de instancia en la calificación jurídica dada los hechos, razón por la que el motivo de recurso ha de ser rechazado.

4. El delito del fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal¹

En esta modalidad delictiva la clave está en el «engaño» que se causa a la administración que subvenciona o ayuda al autor del delito y en el que puede existir coparticipación de profesionales que le «ayuden» al autor, lo que derivaría en responsabilidad penal si asesores o gestores colabora dolosamente en el *modus operandi* delictivo.

¹ 1. El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad superior a cien mil euros a fines distintos de aquellos para los que la subvención o ayuda fue concedida, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

1. Primera modalidad delictiva del artículo 308 del CP.

El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido

Pena: Prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

2. Exige un acto administrativo de concesión de la subvención o de la ayuda y el pago de las mismas

4. Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

5. A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente.

6. Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado 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. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

7. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1, 2 y 4 de este artículo no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración, 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 garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

8. Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro 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 o del responsable del delito.

3. STS 1030/2013, de 28 de noviembre: Obtiene la subvención tanto el que la consigue para sí como el que la consigue para un tercero. Tal interpretación no contradice el tenor gramatical del precepto. El verbo «obtener» puede referirse no solo al beneficiario, sino también al «solicitante».

Con ello, queda clara la posibilidad de la intervención de terceros en el delito.

4. ¿Qué se debe falsear para que sea típica la conducta?

El falseamiento debe serlo de las «condiciones requeridas», lo que dependerá de la concreta convocatoria de subvención o ayuda

Falseando las condiciones requeridas para su concesión (acción). ¿Qué condiciones eran?

Ocultando las que la hubiesen impedido (acción u omisión). ¿Cuáles lo hubieran impedido?

Si el sujeto oculta datos que no eran impeditivos a la concesión de la subvención o ayuda, no estará incurriendo en este tipo penal. La acción se refleja en la presentación de la solicitud, mientras que la omisión recae sobre la información que se vierte en la documentación presentada con la solicitud de la subvención o ayuda

5. Soluciones ante el delito cometido.

- a) Conformidad con el fiscal a pena no superior a dos años y petición de suspensión de ejecución de pena.
- b) Devolución de las subvenciones o ayudas percibidas por el reintegro del apartado 6.º antes de que...

6. «Llega tarde para el reintegro» del apartado 6.º del artículo 308 del CP:

La «regularización tardía» se contempla en el artículo 308.8 del CP: pena inferior en uno o dos grados si se reconocen los hechos y se devuelve el importe antes de dos meses desde citación judicial como investigado.

7. Requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 308 bis).

Se contempla de una forma autónoma y específica el supuesto de suspensión de ejecución de la pena².

² 1. La suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos regulados en este Título se regirá por las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título III del Libro I de este Código, completadas por las siguientes reglas:

1.^a La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 80, que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

8. Regularización de lo percibido (apdo. 6.º).

Devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora (El interés de demora para el año 2022 es del 3,75 %) aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió.

9. ¿Cuándo debe hacerse la devolución?

- a) Antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas
- b) En el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida
- c) Antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

10. Otro beneficio del pago y devolución que determina las peculiaridades de estos tipos que buscan, sobre todo, el pago.

El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación

11. 2.ª modalidad delictiva. Aplicación de la subvención o ayuda a fines distintos.

En el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad supe-

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

La resolución por la que el juez o tribunal concedan la suspensión de la ejecución de la pena será comunicada a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda.

- 2.ª El juez o tribunal revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del artículo 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional.

rior a cien mil euros a fines distintos de aquellos para los que la subvención o ayuda fue concedida.

Es posible la regularización.

12. Si se recibe más de 100.000 pero se desvían menos... La consumación en cuanto a la cuantía de 100.000 euros se produciría con la aplicación desviada de la misma, pero si se desvían menos, se aplica el apartado 4.º (por encima de 10.000 euros).

13. Pena adicional. Se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de 3 a 6 años.

14. Aplicarlo a fines distintos.

Se trata de un delito especial propio, porque solo puede ser autor de tal infracción penal la persona que reúne las especiales condiciones o cualidades típicamente exigidas, es decir, el beneficiario y perceptor de la subvención o ayuda obligado a su aplicación concreta. SSTS 277/2015, de 3 de junio, y 1030/2013, de 28 de noviembre.

15. El colaborador. STS 277/2015, de 3 de junio. Aunque se admite el *extraneus* como cooperador necesario al que se aplicaría la pena inferior en grado (art. 65.3 CP). Supuesto del gestor que ayuda al destino de fines distintos de los previstos con la subvención o ayuda.

16. Pena atenuada por la cuantía inferior a 100.000 pero superior a 10.000 (apdo 4.º).

Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía. Cabe también la regularización de la suma percibida y devolverlo.

17. ¿Cómo se calcula el importe de los 100.000 o 10.000 euros?

Se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente (308.5). Eliminación de la referencia al año natural por la Ley Orgánica 1/2019 y la incorporación del criterio del «total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente».

18. Acumulación de actos administrativos de concesión de subvenciones o ayudas y pagos de más de 10.000 euros.

Por ello, habrá que evaluar para los dos tipos que las cantidades recibidas por distintas Administraciones, no solo de una, puedan acumular más de 10.000 euros. La cuantía se fijaba en 120.000 euros hasta la Ley Orgánica 1/2019 de reforma del Código Penal.

19. La tentativa del delito sería posible en caso de que el sujeto desarrolle actuaciones tendentes a la obtención fraudulenta por importe de 10.000 euros o más, pero no se alcance ese resultado final (Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria). Sería tentativa cuando no se dicten las resoluciones administrativas de concesión o no se proceda al pago, siempre que el sujeto no haya procedido al desistimiento voluntario mediante la renuncia a la solicitud o la subvención concedida (art. 16.2 CP).

El que obtenga... La consumación del delito va a depender del dictado de la resolución de concesión de la subvención o ayuda por parte de la Administración que corresponda y el posterior pago.

20. La Administración pendiente del proceso penal puede reclamar lo entregado en su vía (apdo. 7.º).

No impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal (art. 308.7 CP).

21. Rebaja de la pena si el reintegro se hace después de los plazos del apartado 6.º.

Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos (art. 308.8 CP). Importante para llevar a cabo la conformidad con suspensión de ejecución de pena.

22. Posibilidad de que los terceros partícipes en el delito se les rebaje la pena por su grado de colaboración.

Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente.

- a) Para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- b) Para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, o
- c) Para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.

23. Este delito se puede cometer por persona jurídica (los programas de *compliance*).

Artículo 310 bis del CP. Es preciso introducir en los programas de cumplimiento normativo, dentro de lo que se denomina el «mapa de riesgos», la prevención a la hora de evitar cometer el delito del artículo 308 del CP. Ello permitiría, en su caso, poder exonerar a la persona jurídica si ha implementado correctamente el programa de *compliance* en su caso, lo que puede acreditarse con pericial de *compliance* ex artículo 31 bis del CP.

24. No cabe pena a las personas jurídicas en los casos del artículo 308.4 del CP.

No existe pena prevista para la persona jurídica en caso de aplicarse el artículo 308.4 del CP (fraude no superior a 100.000 y superior a 10.000), por lo que no cabe determinar responsabilidad penal para la persona jurídica al no estar prevista pena alguna. El artículo 310 bis exige que la pena exceda de dos años de prisión para la persona física, y la pena del 308.4 del CP lo es de tres meses a un año de prisión si la cuantía está entre 10.000 y 100.000 euros. El artículo 308.4 prevé pena de hasta un año de prisión.

25. ¿Qué se sanciona con este delito? ¿Cuál es su bien jurídico protegido?

El correcto funcionamiento del sistema de gasto público en materia de subvenciones o ayudas. El delito tiene como finalidad evitar que valores de naturaleza pública afectados a un fin preciso puedan resultar desviados del destino previsto para ellos, y así procurar que este destino que se cumpla es el bien jurídico a cuya realización se orienta esa previsión jurídico-penal. Por ello, se sanciona, por ejemplo, en el artículo 308.1 del CP cuando la cantidad recibida se destina a la actividad subvencionada, pero se ha ocultado alguna condición, y también (art. 308.2) cuando se destina a otro fin.

26. ¿Qué es una subvención?

Se aplica la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

27. ¿Qué es una ayuda?

Auxilio económico que proviene de fondos públicos, con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas, que incentive cualquier género de actividad.

28. Si el funcionario público comete el delito del artículo 308.1.

Sería malversación de caudales públicos frente al fraude de subvenciones. Quien colabora con él sería *extraneus*, y se aplica el artículo 65.3 del CP, pena inferior en grado.

29. Si el funcionario público comete el delito del artículo 308.2.

Subvenciones que están bien concedidas por cumplir con todos los requisitos, que se han abonado anticipadamente, y que luego no son justificadas convenientemente por haber sido desviadas, no podrán conformar el sustrato de un delito de malversación, sino, en su caso, el delito del artículo 308 del CP.

30. Delito de estafa y no de fraude de subvenciones o ayudas.

En aquellos casos en los que el perceptor utiliza un engaño eficaz para obtener la subvención o ayuda o posea un plan premeditado de desviarla y no invertirla en la actividad u operación para la que estaba prevista y se concedió, queda al margen el análisis de la aplicación de los elementos del delito del artículo 308 del CP. Se trataría de una estafa del artículo 248 del CP, con sus posibles agravantes.

31. Jurisprudencia aplicable.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 439/2020 de 10 de septiembre de 2020, rec. núm. 2549/2018. Estafa con engaño que resultó bastante y eficaz para inducir a error a la Administración, que concedió las ayudas ante las expectativas de solvencia y estabilidad empresarial que los acusados consiguieron conformar, cuando su propósito era otro, el de apoderarse en su propio beneficio del importe de aquellas. Estafa en lugar de fraude de subvenciones. Será fraude de subvenciones, con su consiguiente condición de punibilidad vinculada a la cuantía, cuando la finalidad del agente sea la de destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, aunque no se tenga reparo en falsear u ocultar las condiciones requeridas para su consecución (art. 308.1 CP), o surja *a posteriori* la idea de desviar su importe (art. 308.2 CP).

Fraude de subvenciones falsificando documentos. (STS 277/2015, de 3 de junio).

Cabe fraude de subvenciones sin necesidad de falsificar documentos, por lo que, de producirse además esta conducta, surge un concurso real, en su caso, medial. El reintegro (art. 308.6 CP) impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo al reintegro.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 470/2021 de 2 de junio de 2021, rec. núm. 3241/2019.

El acusado presentó documentación para obtener de la Administración un anticipo que, en realidad, es una ayuda reintegrable o préstamo sin interés, alterando para ello los requisitos de su concesión y falseando datos para hacer creer a la Administración que la ayuda que solicita irá destinada al fin fijado en la petición, cuando no había intención alguna de hacerlo así.

Falsificación de documentos mercantiles, en concurso medial con fraude. Simulación y empleo de instrumentos documentales falsos para conseguir la ayuda propuesta con la finalidad de justificar la ayuda que finalmente se destina a fines propios y privados.

¿Hay delito del artículo 308 del CP si la entrega de cantidad por la Administración es para devolver? (Ayudas económicas con devolución).

No está excluido en modo alguno la entrega de cantidades con obligación de devolver y exigencia de cumplimiento de condiciones que se hurtan a la realidad, falsean o esconden por el autor del hecho para obtener la ayuda de forma fraudulenta.

El «anticipo» de la Administración pública es delito del artículo 308 del CP. En modo alguno puede considerarse no típica penalmente la conducta desplegada por el recurrente de presentar una documentación para obtener de la Administración un «anticipo», que, en realidad, es una «ayuda de la Administración», o «préstamo sin interés», y que para ello altere los requisitos de su concesión y lo falsee para hacer creer a la Administración que la

ayuda que solicita irá destinada al fin fijado en la petición; ello cuando no había intención alguna de hacerlo así. Y utiliza instrumentos documentales falsos para conseguir la ayuda para destinarla a fines propios y privados.

La ayuda no «gratuita» es delito si se cumplen las conductas del artículo 308.

El tipo penal no solo se circunscribe a subvenciones, sino que lo abre a las ayudas. Y esta no puede restringirse solo a las gratuitas, sino también a las que son con cláusula de devolución temporal, porque no deja de perder el concepto técnico de «ayuda».

Subvenciones y ayudas.

a) Se podría definir la subvención como una cantidad dada a fondo perdido, es decir, de modo gratuito, que concede la Administración a un particular que cumple unos determinados requisitos.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 156/2021 de 24 de febrero de 2021.

Los créditos sin interés o con interés inferior al de mercado que concede la Administración pública se incluyen en el concepto de ayuda pública.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1002/2021, de 17 de diciembre de 2021, rec. núm. 4754/2019. Si la subvención es para persona jurídica pública, es malversación.

La protección de los caudales públicos, cuando los gestionan autoridades o funcionarios, encuentra su adecuada protección a través de la aplicación de las normas relativas a los delitos de malversación. Excluir definitivamente del delito del artículo 308 los casos en los que la subvención se haya concedido a una persona jurídica pública.

La intervención de terceros como asesores-gestores. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1030/2013, de 28 de noviembre de 2013, rec. núm. 105/2013.

«Obtiene» la subvención tanto el que la consigue para sí como el que la consigue para un tercero. Tal interpretación no contradice el tenor gramatical del precepto. El verbo «obtener» puede referirse no solo al beneficiario, sino también al solicitante.

El beneficiario, según el artículo 11 de la Ley general de subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre) es la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión.

Pero no se agotan ahí los sujetos responsables. La legislación especial (art. 12) extiende la cualidad de «beneficiario» a los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del primero.