

LUCES Y SOMBRAS DEL NUEVO DELITO DE FRAUDE EN LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (ARTÍCULO 307 TER DEL CÓDIGO PENAL)

Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo

Miguel Bustos Rubio

Profesor. Universidad Complutense de Madrid

1. MARCO LEGISLATIVO: APROXIMACIÓN AL NUEVO ARTÍCULO 307 TER DEL CÓDIGO PENAL

La [Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre](#), por la que se reformó el [Código Penal \(CP\)](#) en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el nuevo delito de fraude de prestaciones en el sistema de la Seguridad Social (art. 307 ter), que castiga la obtención, para sí o para otro, del disfrute de prestaciones de la Seguridad Social, la prolongación indebida de las mismas, o el hecho de facilitar a otros su obtención, por medio de error provocado mediante simulación o tergiversación de hechos u ocultación de aquellos que el sujeto tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración. La introducción de este nuevo delito otorga un tratamiento diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas o subvenciones (art. 308), que según el propio preámbulo legal deviene como una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social.

Antes de la reforma operada por la [Ley Orgánica 7/2012](#) no existía en nuestro [CP](#) un precepto específico que diese cobertura a la Seguridad Social en materia de prestaciones sociales o asistenciales. El CP solo tutelaba la vertiente del ingreso (mediante el delito de defraudación a la Seguridad Social, del art. 307), pero no del gasto realizado por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia asistencial. De este modo, en la tradicional regulación de los delitos contra la Seguridad Social se venía a proteger la función de la recaudación de la propia Tesorería (art. 307 CP) quedando fuera la tutela del gasto de aquella, lesionada, por ejemplo, mediante la obtención indebida y fraudulenta de prestaciones por desempleo. Son estos nuevos supuestos los que ahora vienen a tipificarse expresamente en el artículo 307 ter del [CP](#).

No puede afirmarse, sin embargo, que hasta el año 2012 nos encontrásemos con una laguna de punibilidad ante esta modalidad de fraude, pues con anterioridad a la reforma estas conductas quedaban integradas en el delito de estafa, dando lugar en ciertas ocasiones a un delito de falsedad documental. En este sentido ya se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 219/2011, de 8 de julio (famosa «Operación Karlos»). También se consideraba que las conductas hoy tipificadas en el artículo 307 ter constituían un fraude de subvenciones si la cuantía superaba los 120.000 euros exigidos por este tipo penal. Esta última solución, que pasaba por subsumir los hechos ahora descritos en el 307 ter del CP en el delito de fraude de subvenciones del artículo 308 del CP, fue la posición asumida por la jurisprudencia, recogida además en un pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de fecha de 15 de febrero de 2002, en el que se decidió que la percepción de prestaciones indebidas *por desempleo* constituía una conducta penalmente típica del artículo 308 del CP. El problema más acuciante, en este último caso, era la dificultad de que dichos fraudes resultasen finalmente sancionados en sede penal teniendo en cuenta el montante cuantitativo previsto para este delito: 120.000 euros.

Con objeto de evitar numerosos casos de impunidad, el legislador de 2012 optó por configurar esta nueva figura delictiva, manifestando en el preámbulo de la ley aludida lo siguiente: «debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo. Con ello, se ha entendido que en estos casos solo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subvenciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros. Cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipifican en un nuevo precepto, el artículo 307 ter, que los castiga con una penalidad ajustada a la gravedad del hecho [...]. Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido». Añadía el legislador que «el artículo 307 ter, en el tratamiento específico que realiza de estas conductas fraudulentas, viene también a facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema con la consiguiente agravación de la pena». Ello, añadimos nosotros, sin perder de vista la posibilidad de que también las personas jurídicas que participen en dichas tramas resulten penalmente sancionadas en virtud del artículo 310 bis del CP.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Llama poderosamente la atención la celeridad con la que la jurisprudencia ha aplicado este nuevo delito. Con fecha de 8 de marzo de 2013 la Audiencia Provincial de Granada condenó, en Sentencia 184/2013 (rec. núm. 134/2011; ponente doña María Aurora González Niño) por un delito de fraude en las prestaciones de la Seguridad Social, si bien en conformidad.

En el supuesto de hecho enjuiciado, hasta 50 sujetos habían sido imputados por la comisión de este delito. Tal y como puede leerse en los hechos probados «por conformidad de las partes expresamente se declara probado que el acusado [...] puesto previamente de acuerdo con diversos miembros de su familia y entorno [...] urdieron un plan directamente encaminado a conseguir de manera fraudulenta y mediante engaño la obtención de las prestaciones y subsidios por desempleo mediante la creación de un entramado de sociedades con la finalidad de defraudar al Servicio Público de Empleo Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social a cambio de una cantidad de dinero no determinada que, en cada caso, era entregada por el supuesto trabajador». Estas conductas son precisamente las que ahora resultan típicas a la luz del nuevo artículo 307 ter del CP.

Los acusados actuaron sirviéndose de dos personas interpuestas (un chatarrero y un toxicómano) procediendo con el desconocimiento de estos a darles de alta como empresarios individuales a través de ciertas razones sociales, «empresas ambas sin actividad real, ilocalizables, sin domicilio social y fiscal real, sin centro de trabajo y sin los medios materiales necesarios para prestar los supuestos trabajos en el sector de la construcción». Acto seguido, los acusados tramitaron en la Seguridad Social numerosas altas de trabajadores previa elaboración de los correspondientes contratos de trabajo (obviamente, ficticios) que se presentaban ante el Servicio Público de Empleo Estatal, simulándose así *in totum* una relación laboral inexistente, y conociendo que jamás sería prestado trabajo alguno. Los acusados mantuvieron a los supuestos trabajadores en esta situación de alta laboral durante el tiempo suficiente para poder acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo, sin abonar nunca las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. A continuación, y de igual modo simulando el cese en la relación laboral, presentaron ante la Administración la documentación necesaria para la consecución de su objetivo (el alcance de la prestación por desempleo indebida), «en particular el documento elaborado en su integridad por el trabajador a quien beneficiaba de común acuerdo con los organizadores, en el que se acreditaba el cese de la relación laboral así como el certificado de empresa facilitado por el empresario en el que constaba el tiempo de trabajo, la cualificación profesional y la remuneración percibida por los supuestos trabajadores», abonándoseles por la Seguridad Social las prestaciones y subsidios de desempleo solicitados, generándose además periodos de carencia para la percepción futura de prestaciones por desempleo y de Seguridad Social (incapacidad temporal o permanente, maternidad, jubilación, viudedad, etc.).

Un total de 78 trabajadores fueron dados de alta en periodos comprendidos entre el año 2004 y 2008, sin que hubieran sido abonadas en ningún momento cantidades algunas en concepto de cuotas a la Seguridad Social. En total, las prestaciones y subsidios finalmente concedidos ascendían a la cantidad de 345.601,74 euros.

3. LA DOCTRINA DE LA DECISIÓN: FUNDAMENTOS DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Entiende la Audiencia Provincial de Granada que las conductas descritas dan lugar al nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Dado que la

cuantía defraudada superaba con creces los 50.000 euros establecidos en el segundo apartado del artículo 307 ter del CP, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada opta por subsumir los hechos en el tipo agravado de este precepto [«cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo. En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de cuatro a ocho años»].

La resolución que comentamos enjuicia una serie de hechos cometidos entre los años 2004 y 2008, periodo en el que no existía en nuestro ordenamiento jurídico-penal un delito específico de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Entiende la Audiencia Provincial de Granada, en su fundamento de derecho tercero, que procede sin embargo la aplicación retroactiva del nuevo artículo 307 ter del CP por resultar más favorable a los acusados.

Con apoyo en lo dispuesto en el artículo 307 ter, además de la pena de prisión la sentencia comentada impone a ciertos sujetos la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social (en el tipo básico, por periodo de tres a seis años; en el agravado, de cuatro a ocho años).

Algunos de los acusados habían procedido a depositar ciertas cantidades para satisfacer íntegramente con carácter previo a la celebración del juicio oral las cantidades indebidamente percibidas. La Audiencia Provincial de Granada apreció en estos casos la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del CP.

4. TRASCENDENCIA DE LA DECISIÓN Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO DOCTRINA VINCULANTE

A efectos de valorar la futura trascendencia que tenga esta resolución de cara a la aplicación del nuevo artículo 307 ter del CP, no puede pasarse por alto el hecho de que ya en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 el legislador se refiriese, por un lado, a la creación de empresas ficticias y empleo de tramas organizadas para defraudar, y, por otro, a los casos que con anterioridad a la reforma ocasionaban mayores problemas de incardinación en los tipos penales existentes en el Código (sobre todo en el fraude de subvenciones del art. 308 CP), esto es, los supuestos de prestaciones por desempleo. No es casualidad que, siendo estos casos en los que el legislador pensaba al momento de tipificar esta nueva modalidad de fraude contra la Seguridad Social, aparezcan ahora en los hechos enjuiciados por la primera sentencia dictada en aplicación del nuevo delito: normalmente serán estos los supuestos que alumbrarán una condena por fraude de prestaciones en el sistema de Seguridad Social, supuestos de prestaciones y subsidios por desempleo cuya solicitud fraudulenta se produce por medio de un entramado organizado de empresas ficticias.

Un concreto aspecto de esta resolución resulta de especial trascendencia. Llama la atención que el legislador haya optado por establecer un sistema de cuantías para agravar una determinada conducta defraudatoria, como ocurre en el apartado segundo del artículo 307 ter por el que finalmente se condena, sin que por el contrario haya optado por este mismo sistema al momento de limitar el tipo básico del precepto. Existe un límite máximo que cualifica el tipo y lo agrava, pero no así un límite mínimo que sirva como barrera de delimitación entre el injusto penal y el ilícito administrativo, como por lo demás ocurre en el resto de delitos defraudatorios contra la Seguridad Social.

En un paralelismo con el delito de fraude contra la Seguridad Social del artículo 307 del CP pensamos que hubiera sido más acertado situar la barrera punitiva en los 50.000 euros (cuantía también modificada por el legislador de 2012, que rebajó a esta cantidad los antiguos 120.000 euros, en lo que supone un nuevo ejemplo de agravación del instrumento penal). Nos parece sumamente reprochable que el legislador no haya optado por el empleo de un sistema de cuantías en el tipo básico del artículo 307 ter, máxime cuando sí opta por dicho mecanismo a la hora de cualificar el tipo y agravarlo.

El hecho de que en este nuevo delito no exista un límite mínimo cuantitativo permitirá sancionar penalmente tanto a quien obtenga una prestación de la Seguridad Social por valor de 50.000 euros, como, por ejemplo, a quien disfrute una prestación por valor de 50 o 100 euros. Asusta, cuanto menos, que en el delito de fraude a la Seguridad Social solo se aplique la pena al empresario que defrauda por encima de 50.000 euros, mientras que al ciudadano (trabajador, pensionista) se le castigue por la obtención indebida *de cualquier prestación* de la Seguridad Social, con independencia de la cuantía, lo que lleva aparejada una pena de prisión de hasta tres años. Ello quiebra por completo el principio de igualdad. Además, el legislador no parece haber caído en la cuenta de que, sin la configuración de límite cuantitativo alguno, mediante la aprobación de la [Ley Orgánica 7/2012](#) se procede a derogar de facto toda la normativa administrativa existente en materia de fraude de prestaciones contra la Seguridad Social.

La única manera que consideramos viable para restringir la futura aplicación judicial del nuevo precepto, aún sin ignorar las dificultades prácticas que ello conlleva, es acudir al criterio de la *insignificancia* que suponen determinadas conductas de percepción indebida de prestaciones desde la óptica penal (que no administrativa), y que en ocasiones la jurisprudencia ha apreciado como causa que impide afirmar la tipicidad del hecho, lo que sin embargo requerirá de un esfuerzo teleológico por parte del juez, sin perder de vista el bien jurídico protegido por el delito, lo cual no es tarea sencilla (máxime cuando se trata de delimitar la insignificancia respecto del *patrimonio*, que podemos considerar como bien jurídico directamente tutelado en este delito).

Acertadamente la sentencia aplica retroactivamente este nuevo delito a unos hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2012. En efecto, el principio de irretroactividad en Derecho penal (y, en general, en cualquier tipo de Derecho sancionador) alcanza, como límite garantista, a la aplicación de una norma cuando de la misma se deriven efectos más gravosos para el reo, sin que nada impida aplicar retroactivamente dicha norma si de ella se di-

manan consecuencias más beneficiosas para los encausados. Es lo que precisamente ocurre en el supuesto fáctico que comentamos: si los hechos fuesen calificados como delito de estafa (tipo básico), la pena oscilaría entre uno y seis años de prisión y multa de seis a doce meses; si se considerase que estamos ante un delito de fraude de subvenciones, la pena se movería entre uno y cinco años de prisión y multa del tanto al séxtuplo del importe defraudado. El tipo básico en el nuevo artículo 307 ter del CP sanciona con una pena de prisión de seis meses a tres años. En adelante, por tanto, los jueces y tribunales deberán tener en cuenta esta concreta circunstancia en el momento de subsumir los hechos en uno u otros tipos penales.

De cara a la futura aplicación del nuevo delito, los jueces y tribunales podrán apreciar la atenuante genérica de reparación del daño del artículo 21.5.^a del CP, tal y como hace la sentencia aquí comentada, o bien aplicar, tal y como permite el texto penal, la causa de levantamiento de pena por reparación voluntaria antes del descubrimiento del fraude. En este supuesto, si los acusados hubieran procedido a reintegrar la cantidad equivalente al valor de la prestación recibida, incrementada en «un interés anual equivalente al valor del dinero aumentado en dos puntos porcentuales», antes del descubrimiento del fraude en virtud de los instantes temporales contemplados en la cláusula de regularización del artículo 307 ter, apartado tercero, hubieran podido acceder a la completa anulación de la sanción penal. Cláusula esta construida a imagen y semejanza de las restantes causas de levantamiento de pena previstas en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, si bien más próxima a la regulación en el delito de fraude de subvenciones al exigirse expresamente el reintegro de la cantidad con un determinado incremento porcentual. Se trata de una opción políticocriminalmente válida y de uso harto frecuente en estos tipos delictivos, no solo en España sino también en la mayoría de los países de nuestro entorno (véase por ejemplo la autodenuncia o *Selbstanzeige* prevista en la ordenanza tributaria alemana o *Abgabendordnung*), toda vez que supone instaurar un mecanismo de especial reparación aconsejado para esta fenomenología delictiva, siempre que el interés fiscal o recaudatorio que subyace detrás de estos preceptos haya superado el filtro valorativo del Derecho penal al albur de los principios inspiradores del mismo (y, en concreto, a la luz de las necesidades o innecesariedades preventivas de pena).

Por último, en la resolución que comentamos, la Audiencia Provincial de Granada aplica, además de la correspondiente pena de prisión, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por tiempo determinado. En ocasiones se ha alabado la eficacia de este tipo de sanciones a la hora de poner coto al ejercicio de ciertas actividades contrarias a intereses colectivos o particulares. Se trata de privar de un derecho al sujeto que, utilizando subrepticamente un mecanismo social, ha conseguido ejecutar un hecho delictivo. Más allá de los efectos preventivos que esta pena pueda tener, no puede obviarse que con esta disposición el sujeto, una vez ha cometido el delito, quedará desprovisto por tiempo de hasta seis años de toda acción asistencial por parte de la Seguridad Social, lo cual en ciertas ocasiones puede traducirse en el único medio (o medio principal) de subsistencia en sociedad. Lógico sería interpretar que la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de beneficios o incentivos de la Seguridad Social no alcance a aquellas prestaciones a las que el sujeto trabajador o pensionista tuviese derecho, pues no re-

sultaría en modo alguno admisible que el autor de este delito se viese privado, por ejemplo, de prestaciones por desempleo o de la correspondiente asistencia sanitaria. No obstante, debe reconocerse que el empleo de este tipo de penas privativas de Derechos resulta hartamente frecuente en estas modalidades delictivas (véase, por ejemplo, el caso del fraude de subvenciones).

La resolución aquí analizada es pionera en la aplicación del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. No se trata, sin embargo, de una sentencia que aporte demasiadas vías interpretativas y propuestas de aplicación real de este nuevo tipo penal, máxime al tener en cuenta que la misma se alcanzó en conformidad, como apuntamos. No obstante, creemos que la misma posee una relevancia importante, pues es la primera en abrir el paso a futuras condenas por esta modalidad de fraude, sin perder de vista la subsunción que hace de los hechos (tramas organizadas, empresas ficticias, falsedades...) en la redacción típica del artículo 307 ter, lo que nos pone sobre la pista de cuáles serán aquellos supuestos fraudulentos que van a ser perseguidos y castigados judicialmente por este nuevo delito.