

## **Consulta 2/1996, de 19 de febrero, sobre el impago de la cuota obrera de la Seguridad Social: su consideración penal.**

### **I. PLANTEAMIENTO**

La cuestión surge a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio que, junto a otras modificaciones, ha introducido un nuevo art. 349 bis castigando específicamente la defraudación a la Seguridad Social mediante la elusión del pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta en cuantía superior a 15.000.000 de pesetas (párrafo 1º). La cuantía hay que referirla, en principio, al año natural (párrafo 2º).

El problema debatido puede enunciarse muy sencillamente. Se trata de precisar si el impago de cuotas obreras debe ser calificado como delito o falta de apropiación indebida (arts. 535 y 587.2º del Código Penal), tal y como se venía entendiendo antes de la citada reforma conforme a una reiterada línea jurisprudencial y con independencia de la cuantía defraudada.

La cuestión no perderá en modo alguno su vigencia tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995. En su art. 307 el nuevo texto punitivo viene a reproducir casi a la letra y con una ligerísima modificación el contenido del actual art. 349 bis.

De otra parte existe un evidente paralelismo con el impago a la Hacienda Pública de las cantidades retenidas a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, modalidad que hoy recoge expresamente el art. 349 del Código Penal (así como el art. 305 del Código Penal de 1995), y que antes era considerada por la jurisprudencia como un delito de apropiación indebida.

### **II. LA SITUACION ANTES DE LA REFORMA DE 1995**

La jurisprudencia ha sostenido que la falta de ingreso por el empresario de la parte de la cuota correspondiente a la aportación del trabajador tenía adecuado encaje en el art. 535 del Código Penal. El criterio inicial rechazando esa tipificación (sentencia de 26 de marzo de 1955) sería revisado en la sentencia de 30 de octubre de 1971, primer eslabón de una larga serie de sentencias que llegan hasta fechas bien recientes y que reiteran uniformemente esa doctrina. «Desde el momento -razona la sentencia de 1971- en que el empresario pagaba los salarios de sus productores, se producía un desplazamiento patrimonial de su importe que se desintegraba del empresarial para insertarse en el de los respectivos obreros, de tal forma que la retención que realizaba de parte de tal salario por mandato legal, para abono de la participación obrera en las cuotas de la Seguridad Social, quedaba ya en su poder no como propietario, sino en calidad de mero depositario que venía, también por ministerio de ley, obligado a entregar lo retenido y depositado en el Instituto Nacional de Previsión».

Sentencias posteriores (25 de marzo de 1981) acudieron a la construcción civil del *constitutum posesorium* para justificar esa calificación penal: en el momento del pago del salario, se producía una *traditio ficta* y el empresario quedaba constituido en simple poseedor de las cantidades retenidas, cantidades que hasta ese momento había detentado como propietario. Desviar ese numerario de su destino -ingreso en la

Seguridad Social- representaría la conversión de esa posesión legítima en ilegítima propiedad castigada en el art. 535 del Código Penal.

Con unos matices u otros esa tesis se convirtió en doctrina jurisprudencial a través de una amplia serie de Resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: sentencias de 9 de diciembre de 1976; 17 de febrero y 7 de mayo de 1977; 15 y 21 de diciembre de 1978; 1 de marzo y 23 de abril de 1980; 25 de marzo de 1981; 28 de septiembre de 1982; 15 de diciembre de 1983; 3 de enero de 1984; 24 de febrero de 1985; 9 de junio de 1986; 11 de noviembre de 1988; 1 de febrero y 29 de septiembre de 1989; 15 de enero; 25 de abril; 29 de mayo y 15 de noviembre de 1991; 30 de octubre de 1992; 2 de junio de 1993; 1395/1994, de 4 de julio y 591/1995, de 25 de abril, entre otras. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la corrección de ese criterio desde una perspectiva puramente constitucional en su sentencia 8/1981, de 30 de marzo.

La doctrina se trasplantó al ámbito de las retenciones a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, dada la similitud del mecanismo legal subyacente. La omisión del ingreso de las cantidades retenidas por el empresario a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (arts. 10 de la derogada Ley 44/1978 y 98.1 de la vigente Ley 18/1991, reguladora del IRPF), venía considerándose como delito de apropiación indebida (sentencias de 24 de diciembre de 1986, 23 de octubre de 1989, 25 de septiembre de 1990, 3 de diciembre de 1991 o 1319/1993, de 2 de junio). La última jurisprudencia descartaba la posibilidad de incriminación por delito de defraudación tributaria al entenderse que esta infracción exigía en el sujeto activo una cualidad especial: ser deudor tributario.

Esa cualidad no se daría, según esa doctrina, en el retenedor. Este sólo podría ser considerado obligado tributario de forma indirecta (sentencia de 25 de septiembre de 1990).

Pese a la unanimidad jurisprudencial, en la doctrina, junto a voces que consideraban plausible la interpretación mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no han faltado autores muy autorizados que la han cuestionado con dos tipos de argumentaciones en las que no es preciso extenderse, aunque sí conviene dejar apuntadas pues dan en cierto modo sentido a la reforma:

- De un lado se ha entendido que esa tipificación encerraba una cierta violencia al principio de legalidad por cuanto el art. 535 del Código Penal exige como requisito típico la existencia de una previa recepción que en estos supuestos no se da. Acudir a una ficción construida en el ámbito del derecho civil para salvar ese obstáculo técnico, se decía, no es compatible con los postulados básicos del derecho penal: supondría una aplicación analógica *in malam partem*, o, al menos, una interpretación extensiva en perjuicio del reo. Y en ese salto inicial estaría la explicación de muchas de las inconsecuencias prácticas que la aplicación de esta doctrina acarrearía en determinados supuestos concretos (como la paradoja de que para evitar el delito, bastase con no pagar a los trabajadores; o los casos de insuficiencia de medios de la empresa, salvados por la jurisprudencia con tesis no totalmente convincentes en la medida en que cualquier pago posterior, por profunda que fuese la crisis económica de la empresa, abocaría indefectiblemente a la calificación de apropiación indebida).

- Por otra parte se ha razonado arguyéndose que en estos supuestos no se da en la Seguridad Social (o en la Hacienda Pública) el perjuicio típico del delito de apropiación indebida.

El perjuicio no recae en el trabajador, dueño del dinero según la tesis jurisprudencial, sino en la Seguridad Social (o en la Hacienda Pública) que sólo ostenta un derecho de crédito. Por tanto lo que en definitiva se está protegiendo no es el derecho de propiedad -bien tutelado por el delito de apropiación indebida-, sino un crédito público. Y, a mayor abundamiento, respecto de la Seguridad Social se ha argüido igualmente que, según su legislación específica tendría la facultad de repetir del empresario el importe de las prestaciones que pudieran producirse durante el descubierto.

### **III. LAS POSIBLES INTERPRETACIONES TRAS LA REFORMA DE 1995**

La aparición de una tipificación expresa de la defraudación de cuotas de la Seguridad Social en el art. 349 bis del Código Penal y su coordinación con el art. 535 y la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer puede merecer tres soluciones distintas:

A) La primera solución pasaría por entender que el campo de aplicación del art. 349 bis debe ser recortado por vía interpretativa, extrayendo de su ámbito todos aquellos casos que, conforme a la jurisprudencia citada, pueden ser castigados como delitos de apropiación indebida. Entre los delitos de los arts. 535 y 349 bis existiría una relación de subsidiariedad tácita, siendo este último tipo el subsidiario que sólo vendría en aplicación cuando los hechos no revistiesen los caracteres de un delito de apropiación indebida: es decir, cuando se tratase de impago de la aportación empresarial; o, cuando tratándose de la parte de la cuota correspondiente al trabajador, no se hubiese efectuado la procedente retención previa.

B) Otra posible vía de solución sería considerar que el delito del art. 349 bis es ley especial en cuanto a los hechos contemplados expresamente en tal norma -impago de cuotas, ya sean patronales u obreras- por cuantía superior a 15.000.000 de pesetas. Pero cuando la cuantía defraudada fuese inferior, recobraría toda su virtualidad el art. 535 del Código Penal, de modo que el impago de cuotas obreras en cantidades inferiores a las expresadas en el art. 349 bis merecería reproche penal como delito de apropiación indebida.

C) Por último puede sostenerse que la tipificación expresa de esa conducta en el art. 349 bis obliga a estar a lo dispuesto específicamente en tal precepto, desplazándose, por mor del principio de especialidad, otros posibles tipos penales. La falta de uno de los requisitos típicos del art. 349 bis y en particular el referido a la cuantía de 15.000.000 de pesetas exigiría erradicar la conducta del ámbito penal, sin perjuicio de las posibles responsabilidades de carácter administrativo.

### **IV. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA PREFERENCIA DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA**

La Fiscalía que eleva la consulta, tras un meritorio estudio del estado de la cuestión en la legislación con análisis completo de la evolución jurisprudencial, se decanta por considerar que el impago por el empresario a la Tesorería General de la Seguridad Social de las cantidades retenidas al trabajador en concepto de cuota obrera debe tipificarse a través del art. 535 del Código Penal (art. 252 del Código Penal de 1995).

La argumentación arranca de estimar que el nuevo tipo del art. 349 bis es un delito especial que sólo puede ser cometido por el obligado al pago de las cuotas de la Seguridad Social. Tratándose de la aportación correspondiente al trabajador, el obligado es precisamente el trabajador (art. 103 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), aunque el responsable del cumplimiento de la obligación sea el empresario (art. 104).

A continuación se trae a colación la doctrina jurisprudencial recaída esta vez con motivo del impago de las retenciones a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. Si en esos casos la jurisprudencia (sentencia de 25 de septiembre de 1990) entendía que el empresario sólo era obligado tributario de una forma indirecta y, por tanto, insuficiente para ser sujeto activo de ese delito, como el mecanismo es similar en las retenciones de la cuota del trabajador, habrá que concluir que del delito del art. 349 bis sólo puede ser sujeto activo el obligado de una Norma directa, es decir el trabajador y nunca el empresario. El impago por parte del empresario de las aportaciones correspondientes al trabajador no podrá incardinarse en el art. 349 bis, manteniendo para esos casos plena vigencia la doctrina jurisprudencial clásica que reconducía esos supuestos a la apropiación indebida y que en nada se habrá visto afectada por la creación de los delitos contra la Seguridad Social. Del ámbito objetivo del delito del art. 349 bis quedaría así excluida la cuota obrera cuando, como sucede en el Régimen General de la Seguridad Social, su abono debe ser efectuado por el empresario.

La Fiscalía consultante considera que esa argumentación queda reforzada por la nueva redacción conferida al art. 349 donde se contempla expresamente «la elusión del pago de las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener», como modalidad de defraudación tributaria y no de apropiación indebida. El contraste con el art. 349 bis, donde no existe igual previsión, abonaría la tesis de que en el caso de retenciones de la aportación a la Seguridad Social, el planteamiento sería justamente el inverso.

## **V. EL DELITO DEL ART. 349 BIS COMO DELITO ESPECIAL**

Pese a su sólida articulación, el razonamiento desplegado no parece ajustarse plenamente ni a la intención de la nueva ley penal ni a la realidad de la normativa que le sirve de complemento.

En primer lugar no puede olvidarse que la consideración por la jurisprudencia del delito de defraudación tributaria como un delito especial que sólo podía ser cometido por el directo deudor tributario ha sido muy cuestionada y, de hecho, fue mantenida en diversas ocasiones en contra del criterio del Ministerio Fiscal; no llegó a ser totalmente

asumida por las Audiencias Provinciales; cuenta con precedentes que apuntan en dirección contraria (sentencias de 29 de junio de 1985 y 20 de septiembre de 1990); y el propio Tribunal Supremo llegó a postular implícitamente una reforma que eliminase las objeciones y discrepancias (sentencia de 3 de diciembre de 1991).

En efecto, la redacción anterior del art. 349 hablaba de eludir el pago de tributos y no de eludir el pago de sus tributos. Esta formulación permitía entender que se ampliaba el círculo de posibles sujetos activos del delito frente a su antecedente inmediato (art. 319.3) que exigía ser «deudor de la cuota defraudada o titular de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida» (Circular 2/1978 de la Fiscalía del Tribunal Supremo). Por tanto, en rigor, toda persona obligada al pago -bien como deudor directo, bien como deudor indirecto o en nombre de otro- podían ser sujetos activos del delito. E incluso cabe entender que también serían posibles sujetos activos el representante legal o voluntario del obligado al pago del tributo o las personas que hayan asumido contractualmente deberes u obligaciones que tengan por objeto el cumplimiento del tributo.

El retenedor no es contribuyente, pero sí sujeto pasivo del impuesto, al poder ser considerado, dejando ahora a un lado polémicas doctrinales en el marco del Derecho tributario, sustituto del contribuyente (arts. 30 y 32 de la Ley General Tributaria); art. 39.2 de la derogada Ley 44/1978 y arts. 98.2 y 102 de la vigente Ley 18/1991 de 6 de junio).

Pero aunque se compartiese en su integridad la tesis que refleja la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1990, no puede trasvasarse la misma al nuevo delito contra la Seguridad Social sin importantes modulaciones.

El delito recogido en el art. 349 bis es ciertamente un delito especial, en la medida en que el círculo de posibles sujetos activos está restringido: sólo pueden ser autores en sentido estricto quienes pueden eludir el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Y en el Régimen General sólo puede eludir ese pago precisamente el empresario pues es el único sujeto que asume la responsabilidad del pago por expresa declaración legal:

«El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad» (art. 104.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

Es más, en el Régimen General de la Seguridad Social el trabajador, aunque sí podría responder por otro título de participación, no puede ser nunca autor directo en sentido estricto de ese delito pues, por más que esté sujeto a la obligación de cotizar (art. 103.1 de la Ley General de la Seguridad Social), la responsabilidad del cumplimiento de esa obligación no recae sobre él, ni siquiera en el caso de que al abonársele el salario no se haya procedido a la retención ordenada por la Ley (art. 104.2). Por tanto el ámbito de posibles sujetos activos de este delito en el Régimen General de la Seguridad Social queda restringido a quienes ostenten la cualidad de empresario (y, en su caso, a los sujetos contemplados en el art. 127 de la Ley General de la Seguridad Social), sin perjuicio de la eventual aplicación del art. 15 bis, y sin

perjuicio de la posible responsabilidad penal como partícipe de un tercero, *extraneus* a esa relación jurídica.

Como se comprueba, pese a la similitud del mecanismo las divergencias con las retenciones a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas son notables. En el delito de defraudación tributaria del antiguo art. 319 se exigía para ser sujeto activo ser «deudor de la cuota defraudada». Y en la infracción del art. 349, según la reforma de 1985 y a tenor de la jurisprudencia, ser «contribuyente» o «deudor, tributario directo», cualidades que únicamente podía ostentar el trabajador.

En el delito de defraudación de cuotas de la Seguridad Social, sin embargo, sólo puede ser autor en sentido estricto quien ostenta la responsabilidad del pago, porque sólo él puede eludirlo.

La tipificación expresa del fraude de retenciones en el nuevo art. 349, sin paralelo en el art. 349 bis, no obedece a una disparidad de tratamiento en una y otra modalidad, sino a razones bien divergentes. Razones que sí aparecen en el delito de defraudación tributaria pero no en la defraudación de cuotas de la Seguridad Social. En efecto, la defraudación tributaria adquiriría rango delictivo cuando la «cuota defraudada» alcanzaba determinado importe. Y las cantidades retenidas por el empresario a los distintos trabajadores no podían acumularse para formar una «cuota» en sentido estricto. Por tanto era necesaria una mención expresa, que no lo es sin embargo en la defraudación de cuotas de la Seguridad Social por cuanto, se trate de cuota empresarial o se trate de cuota obrera integrada por las retenciones, estaremos ante una cuota propiamente dicha.

Además, de aceptarse el razonamiento que se propone en la consulta, resultaría que la omisión del pago por parte del empresario de cuotas no retenidas sería una conducta impune, pese a producir igual lesión del patrimonio de la Seguridad Social. No sería tipificable como apropiación indebida al no existir retención (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1993. Y no podría ser ubicada, en el art. 349 bis, pues el empresario, pese a ser responsable también en esos casos del ingreso de las cuotas (art. 104.2 de la Ley General del Seguridad Social), no sería obligado directo, cualidad que, según la tesis que se rechaza, debería concurrir para ser autor de esa infracción.

## **VI. PREFERENCIA DEL ART. 349 BIS FRENTE AL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA**

Existen muchas otras razones que militan en favor de reconducir esos supuestos al delito de nueva planta. En la actualidad carece ya de operatividad para la punición de esos casos el delito de apropiación indebida.

En primer lugar el principio de especialidad: el delito del art. 349 bis es *lex specialis* frente al delito de apropiación indebida, por lo que lo desplaza (art. 8.1 del Código Penal de 1995). Es ese principio, y no el de subsidiariedad el que ha de disciplinar las relaciones entre ambas infracciones.

Por otra parte, la interpretación literal del precepto abona ese entendimiento. El 4 art. 349 bis habla de «cuotas» en general y sin especificar, lo que demuestra la voluntad del legislador de incluir tanto la cuota empresarial como la obrera (*Ubi lex non distinguet, nos nec debemus distinguere*). En otro caso hubiese singularizado, tal y como hacía la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 en su art. 291 que se refería a las «cotizaciones empresariales». La utilización del plural («cuotas») en lugar del singular («cuota») puede también argüirse aunque no es un argumento concluyente pues la Ley parece estar refiriéndose a la pluralidad de cuotas, pero no necesariamente a la dualidad cuota obrera-cuota empresarial.

En la misma línea es destacable que la cuantía se fija en atención a lo defraudado «en cada liquidación» (art. 349 bis.2) y las liquidaciones son conjuntas, englobando tanto la cuota obrera como la empresarial o patronal, sin que se especifique en el texto legal que habrá que estar a lo defraudado por «cuota empresarial». El legislador se refiere a la defraudación global producida en cada liquidación, comprensiva en consecuencia tanto de la cuota obrera como de la patronal.

La coherencia penológica apunta también en favor de esa interpretación. De aceptarse la calificación, como apropiación indebida cuando se trata de cuota obrera, tendríamos que la defraudación por cuantía superior a 15.000.000 de pesetas merecería, pese a reconocerse en principio su mayor gravedad, una pena inferior (prisión menor: arts. 528 y 529.7ª) que el impago de cuota empresarial (prisión menor y multa; o ambas penas en su grado máximo en los supuestos agravados del art. 349 bis.1, párrafo segundo). Aunque es justo reconocer que en algún supuesto, a través la técnica del delito continuado (art. 69 bis) podría corregirse la discordancia penológica, el examen de las penalidades revela que el legislador tenía la intención de incluir en el nuevo delito la defraudación tanto de cuota patronal como de cuota obrera.

La rúbrica del título -«Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social»-, así como las manifestaciones que se hacen en la Exposición de Motivos que aluden a la protección del patrimonio de la Seguridad Social tutelando «de manera singular la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social» constituyen otros argumentos que avalan la tesis que se está propugnando. El legislador ha querido un tratamiento unitario con independencia del tipo de cuota. Tanto el impago de la cuota obrera como el de la cuota empresarial suponen un ataque de igual intensidad a esa función recaudatoria. Ciertamente el patrimonio de la Seguridad Social está tutelado en otros tipos penales comunes (como la estafa), pero el nuevo tipo penal pretende contemplar específicamente todas las vulneraciones de ese patrimonio a través de la incidencia en su función recaudatoria y no sería coherente con la reforma mantener un tratamiento diferenciado para el impago de la cuota obrera.

En efecto, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente, el sujeto pasivo -entendido como titular del bien jurídico protegido- de la infracción consistente en el impago de la cuota obrera de la Seguridad Social es ésta. La Tesorería General de la Seguridad Social es quien tiene interés en el cumplimiento de la obligación de cotizar, una vez que se ha realizado el descuento, por ser la destinataria de la cuota y aunque la titularidad del deber de cotizar corresponda al trabajador, como consecuencia del carácter imperativo e irrenunciable de su aportación (art. 26.4 del Estatuto de los Trabajadores). La consideración del trabajador como eventual perjudicado directo por

esta conducta estaría desmentida no sólo por la aplicación en la mayoría de los casos del principio de automaticidad en el pago de las prestaciones, sino también porque la relación entre cotización y prestación es «de naturaleza global, dominada por el principio de unidad, que no consiente en principio la fragmentación proporcional y particularizada de las contingencias que cubre, ni permite, por consiguiente, hablar de fracción de cuota correspondiente a la asistencia sanitaria o a cualquier otra prestación» (sentencia del Tribunal Constitucional 39/1992, de 30 de marzo). La ruptura de la correlación entre la cuantía de las prestaciones y la cotización y la total ausencia de sinalagmaticidad en el sistema de Seguridad Social, que conlleva la imposibilidad de aplicar la resolución de la relación por incumplimiento de la obligación de cotizar y el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones, impiden hablar de perjuicio para el trabajador en sentido propio.

Es cierto que algunas añejas sentencias han aludido a «un perjuicio indirecto de los trabajadores» (sentencias de 20 de abril de 1976, 17 de febrero de 1977 o 22 de enero de 1979). Pero la más moderna jurisprudencia se refiere a la Seguridad Social como único perjudicado negando la posibilidad de aplicar el subtipo agravado del art. 529.8ª («múltiples perjudicados») «ya que existe un perjudicado único, la Seguridad Social, que era el destinatario de las cantidades distraídas de la finalidad normativamente establecida» (sentencia de 29 de septiembre de 1989. En idénticos términos, sentencias de 5 de junio de 1989 o de 3 de diciembre de 1991, aunque referida ésta a un supuesto de retenciones a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas). El eventual perjuicio para el trabajador no sería el típico del delito de apropiación indebida -empobrecimiento en la medida del enriquecimiento del empresario- pues queda liberado frente a la Seguridad Social.

## **VII. IMPAGO DE CUOTA OBRERA POR CUANTIA INFERIOR A 15.000.000 DE PESETAS**

Quedaría por analizar la posibilidad de entender que el razonamiento desenvuelto sería asumible cuando la defraudación superase los 15.000.000 de pesetas, al ser en esos casos el art. 349 bis ley especial. Pero en defraudaciones de la cuota obrera previamente retenida por importe inferior, al no venir en aplicación el art. 349 bis, recuperaría su virtualidad el delito de apropiación indebida. Las defraudaciones por importe inferior a ese umbral se encuadrarían, desde esta perspectiva, en el art. 535 del Código Penal.

También debe rechazarse ese entendimiento: la fijación expresa de un límite cuantitativo en el art. 349 bis obliga a entender que por debajo del mismo la conducta debe considerarse atípica. Así se ha entendido, por ejemplo, en el campo del delito de fraude de subvenciones desde su introducción en el art. 350 del Código Penal en relación con el delito de estafa.

Por otra parte, la contemplación de las consecuencias penológicas que se derivarían de una tal tesis la hacen totalmente inasumible.

En efecto, frente a las penas de prisión menor y multa que llevarían aparejadas las defraudaciones de la cuota obrera por importe superior a 15.000.000 de pesetas, las defraudaciones por un importe inferior merecerían una penalidad que podría oscilar



entre arresto menor y prisión mayor en su grado medio según la cuantía. En efecto la apropiación de cuotas en importe que, revistiendo especial gravedad determine la aplicación de la agravación 7ª del art. 529 (a partir de 6.000.000 de pesetas, aproximadamente, según la última jurisprudencia) sería castigada con pena de prisión menor que podría agravarse hasta prisión mayor en grado medio, si, como sería frecuente, se trata de un delito continuado (sentencias de 1 de marzo, 17 de abril y 5 de junio de 1989). Y, a partir de 15.000.000 de pesetas, sin embargo, la pena no podría superar la de prisión menor.

Y las incoherencias penológicas serían aún mayores en el Código Penal de 1995. La defraudación de cuotas de la Seguridad Social en cuantía superior a 15.000.000 de pesetas tiene asignada en el nuevo art. 307 una pena de prisión de uno a cuatro años y multa.

El castigo como apropiación indebida de la defraudación de cuotas obreras por importe inferior comportaría las penas de prisión de seis meses a cuatro años (arts. 252 y 249 del nuevo Código Penal). La pena privativa de libertad podría ser de idéntica extensión pese a la llamativa diferencia de importe (50.000 pesetas y 15.000.000 de pesetas). Es más, tratándose de un delito continuado, la pena habrá de imponerse en su mitad superior (art. 74). Y si se trata de una cantidad suficiente para estimarla «de especial gravedad» (en principio, 10.000.000 de pesetas, si se hace la equivalencia entre la revisión de cuantías que hace el Código Penal y la cantidad que el Tribunal Supremo venía considerando suficiente para la agravación cualificada del art. 529.7ª, aunque a este respecto es difícil aventurar nada, dado que el nuevo Código une esa circunstancia a otras), las penas serían siempre superiores a la del delito del art. 307, pese a ser la cuantía inferior: prisión de uno a seis años y multa (arts. 252 y 250.1.6º). De forma que la defraudación de cuotas obreras por importe superior a 15.000.000 pesetas podría ser merecedora de una penalidad menor que defraudaciones por un importe inferior.

La consideración de la excusa absolutoria que ha introducido el art. 349 bis.3 pone también de manifiesto que el legislador ha pensado en un tratamiento unitario de la conducta, que no podrá merecer una calificación distinta según el importe de la defraudación sea inferior (apropiación indebida sin excusa absolutoria) o superior (defraudación de cuotas de la Seguridad Social con posibilidad de excusa absolutoria) a 15.000.000 de pesetas.

Se evidencia de esta forma que el legislador ha querido erradicar del ámbito del derecho penal las defraudaciones por importe inferior a 15.000.000 de pesetas, confiando su represión al derecho administrativo sancionador y dando así un más pleno sentido al art. 104.3 de la Ley General de la Seguridad Social que se refiere, junto a las responsabilidades penales, a las administrativas (art. 15.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social).

La finalidad de la reforma de 1995 que tiene su natural continuidad en el Código de 1995, junto a la tipificación de la defraudación de la cuota empresarial y en lo que se refiere a la cuota obrera, habría sido doble:

a) Poner fin a todas las dudas doctrinales sobre la represión de tales supuestos a través del delito de apropiación indebida, mediante su regulación expresa en un tipo penal específico.

b) En virtud del principio de intervención mínima, fijar una cuantía a partir de la cual la conducta merecería reproche penal, abandonando al derecho administrativo sancionador los demás supuestos, al considerar que frente a ellos es suficiente tal respuesta.

## **VIII. REGIMEN TRANSITORIO**

En cuanto al régimen transitorio habrá que estar al principio general de retroactividad de las leyes penales favorables, de lo que se desprende:

a) Las defraudaciones de cuota obrera realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1995 por importe no superior a 15.000.000 de pesetas (importe que ha de referirse al año natural), han quedado despenalizadas por lo que los procesos en curso habrán de sobreseerse, remitiéndose testimonio a la Autoridad Laboral competente con el fin de que se impongan las correspondientes sanciones de carácter administrativo. Esta estimación no se modifica, aunque existan otros conceptos impagados (cuota empresarial, por ejemplo) que computados junto a la cuota obrera superen los 15.000.000 de pesetas.

b) Cuando la cuota obrera impagada supere los 15.000.000 de pesetas en el período de un año, el hecho sigue constituyendo delito. Habrá que aplicar en consecuencia la norma más favorable considerada en concreto. En principio será la normativa anterior la aplicable: delito de apropiación indebida en la medida en que la infracción del art. 535 no lleva aparejada junto a la pena de prisión menor (arts. 528 y 529.7ª) la de multa. No obstante, hay que tener en cuenta que la normativa anterior permite apreciar en esa infracción la figura del delito continuado (art. 69 bis) y, por tanto, subir la penalidad hasta el grado medio de la pena superior. En esos casos será posible castigar conforme a la nueva normativa.

## **CONCLUSIONES**

1ª El delito del art. 349 bis del Código Penal contempla la defraudación tanto de la cuota empresarial como de la cuota obrera.

2ª Por tanto, el impago de la cuota obrera de la Seguridad Social ha de ser calificado, en todo caso, a través del art. 349 bis del Código Penal (art. 307 del Código Penal de 1995), siempre que se cumplan los requisitos típicos de tal precepto y en particular que el importe global de la defraudación (por los diversos conceptos) sea superior a 15.000.000 de pesetas en los términos previstos en el art. 349 bis 2.

3ª Las defraudaciones de cuota obrera por cuantía inferior no pueden ser calificadas como delito de apropiación indebida, sin perjuicio de las responsabilidades de carácter administrativo que define la legislación laboral.

4ª Las anteriores consideraciones son igualmente aplicables al impago a la Hacienda Pública de las cantidades retenidas a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.