

**BENTE, B., Die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen  
Beitragsvorenthaltung und Veruntreuung  
von Arbeitsengelt**

**José Ángel Brandariz García**

Alejado todavía de los habituales circuitos de distribución comercial de la literatura jurídica en España, *Die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Beitragsvorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsengelt (§ 266a StGB)* [la responsabilidad penal del empresario por retención de cotizaciones y malversación del salario], de Ulrich Bente, ha comenzado, varios años después de su publicación, a tener una mínima difusión entre la doctrina penal hispánica.

Bente se ha convertido, en los últimos tiempos, en uno de los principales especialistas germanos en materia de Derecho Penal de la Seguridad Social, ámbito de estudio que, a diferencia de la novedad que lo caracteriza en nuestro país, ha venido siendo objeto de un cierto tratamiento por parte de la doctrina alemana, particularmente en las dos últimas décadas. La tesis doctoral del otrora discípulo en la Universidad de Göttingen del Prof. Manfred Maiwald se inserta en esta concreta área de investigación como una obra que, sin descuidar la claridad expositiva -en este caso verdaderamente excepcional-, pretende abordar el análisis del tema desde unos sólidos fundamentos dogmáticos. En este sentido, se mueve en un plano de estudio distinto al que transita la ya clásica obra de Martens y Wilde *Strafrecht und Ordnungsrecht in der Sozialversicherung*<sup>1</sup> [Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador de la Seguridad Social], lastrada por un excesivo didactismo -probablemente debido a la intención de ampliar el círculo de eventuales lectores-, que limita seriamente la profundidad y el alcance de sus aportaciones. Por el contrario, el planteamiento del trabajo aquí presentado coincide con el de otra monografía posterior, *Das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozial- und Arbeitslosenversicherung* [la retención de cotizaciones obreras a la Seguridad Social y al seguro de desempleo], de la Dra. Brigitte Tag<sup>2</sup>, centrada exclusivamente en el delito del § 266a del StGB (Código Penal alemán). Estos tres libros seguramente constituyen la bibliografía básica sobre el Derecho Penal de la Seguridad Social germano.

La monografía de Bente suministra algunos datos que permiten calibrar la relevancia en Alemania de este sector del Derecho Penal económico. Así, en su estudio

---

<sup>1</sup> Martens, H.-H./Wilde, K., *Strafrecht und Ordnungsrecht in der Sozialversicherung*, 4ª ed., Sankt Augustin, 1987, (ed. Asgard).

<sup>2</sup> Tag, B., *Das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozial- und Arbeitslosenversicherung*, Heidelberg, 1994, (ed. C.F. Müller).

histórico indica que en el ordenamiento penal alemán han existido delitos de retención de cotizaciones de forma ininterrumpida desde 1892, prácticamente el momento en que comienza a surgir el sistema germano de seguros sociales. En el momento actual, el alcance del fraude en materia de cuotas obreras es en Alemania, al igual que entre nosotros, muy notable, y a falta de una cuantificación más aproximada, el autor estima que los perjuicios causados por el mismo son al menos superiores a 10.000 millones de marcos anuales. Los tipos de retención de cotizaciones siempre han conocido una profusa aplicación, ascendiendo las condenas en virtud del § 266a StGB a fines de la década pasada a alrededor de 1800 al año, de las cuales más de un 85 % imponen penas pecuniarias.

Las referencias recogidas en la obra muestran que en el ordenamiento alemán la criminalización del fraude de cotizaciones constituye una opción político-criminal consolidada. El análisis de la regulación germana puede constituir, por ello, un valioso instrumento para la orientación del estudio dogmático y político-criminal del delito de defraudación a la Seguridad Social, recientemente incorporado al CP español. En este sentido, el trabajo de Bente posee diversas virtudes para el jurista que busca en el sistema penal alemán una perspectiva de Derecho comparado. En primer lugar, como ya se ha apuntado, su gran claridad expositiva facilita notablemente la comprensión del texto: el autor estructura el tratamiento de cada cuestión discutida reseñando de forma acotada los distintos planteamientos sustentados, antes de fundamentar su propia toma de posición; al margen de ello, la claridad viene dada en general por el uso abundante de epígrafes y por la designación de párrafos mediante letras y números. En segundo lugar, Bente complementa el núcleo central de su tesis, conformado por el análisis de los ilícitos de los §§ 266a y 263 (la figura denominada "estafa de cotizaciones") StGB, con diversa información de interés. La publicación incluye, de este modo, páginas relativas a la configuración de la obligación juridico-laboral de cotización, al régimen administrativo sancionador del impago de cuotas y al desarrollo histórico del Derecho Penal de la Seguridad Social. Junto a ello, la monografía se cierra con un apéndice que recoge, entre otros materiales, las antiguas normas penales, las propuestas prelegislativas que darían lugar al actual § 266a, las estadísticas criminales y el elenco de las principales resoluciones de los altos tribunales germanos. Este interesante trabajo de documentación no puede dejar de ser señalado.

El contenido fundamental de la obra se dedica al estudio de los §§ 266a y 263 StGB -en materia de impago de cotizaciones-, abordándolos, como el autor desvela en la introducción, con el objetivo de presentar los problemas jurídico-penales que genera su aplicación y de esbozar vías de solución de los mismos. Con la intención de darle una visión sustancialmente práctica, Bente utiliza en el análisis de los ilícitos ocho supuestos-tipo de elusión de cuotas, que abarcan diversas situaciones de la fenomenología de este proceder empresarial.

El § 266a StGB, rubricado como "retención y malversación del salario" contiene tres tipos penales. En el apartado II se conmina con pena de prisión de hasta cinco años o multa al empresario, o a determinadas personas equiparadas al mismo, que, debiendo abonar en nombre del trabajador a un tercero cantidades que no constituyen cotizaciones de Seguridad Social o tributos sobre las rentas salariales, omita informar puntualmente al trabajador sobre el impago. Este tipo, a pesar de encontrarse integrado en el § 266a, resulta ajeno al Derecho Penal de la Seguridad Social. El apartado III sanciona con pena de prisión de hasta 1 año o multa al trabajador miembro de una caja asimilada de Seguridad Social que retenga cuotas a la Seguridad Social o al Instituto Federal para el Trabajo recibidas de su empresario. Por último, el apartado I recoge el clásico delito de retención de cotizaciones, la figura sin duda más importante y de mayor proyección práctica del parágrafo: castiga con pena de prisión de hasta cinco años o multa al empresario, o a determinadas personas equiparadas al mismo por el

apartado IV en el marco del trabajo a domicilio, que retenga cotizaciones obreras a la Seguridad Social o al Instituto Federal para el Trabajo. En los ilícitos de los apartados I y III se puede aplicar una causa potestativa de levantamiento de la pena, recogida en el apartado V del precepto, cuando el sujeto comunique a la entidad recaudadora en el momento de vencimiento de las cuotas, o inmediatamente después, la suma de las cantidades retenidas y los motivos por los que sus serios y efectivos esfuerzos para poder realizar el pago fueron infructuosos. La causa de levantamiento de la pena se convierte en obligatoria cuando el sujeto abona posteriormente la deuda en un plazo fijado al efecto por el organismo de Seguridad Social.

El autor pretende elaborar un criterio de interpretación del tipo del § 266a I que lo dote de un contenido material de injusto relevante, en aras a sostear las objeciones que, desde el punto de vista del principio de intervención mínima, cabría formular a la prohibición penal del mero impago de cuotas. A estos efectos, en primer lugar, rechaza con buen criterio y tras un detenido análisis, la posición de aquellos que entienden el tipo como una suerte de administración desleal del patrimonio del trabajador y exigen para la realización del tipo, sin apoyo legal alguno, el descuento salarial de las cuotas impagadas. Sostiene, en cambio, de forma cuestionable, que la exigencia de que se haya producido efectivamente el pago del salario puede cualificar la sustancialidad lesiva del comportamiento. La capacidad de pago del sujeto aparece, a juicio del autor, como elemento típico de un ilícito conceptuado como omisivo. En consecuencia, la incapacidad de pago no causada dolosamente, así como la imposibilidad jurídica o material de realizar el abono de las cuotas, determina la atipicidad del impago. No obstante, afirmada la tipicidad del mismo, el hecho de que la difícil situación económica de la empresa haya llevado al sujeto a omitir el ingreso con la intención de salvaguardar el futuro de los puestos de trabajo o de la propia explotación, no constituye un supuesto de estado de necesidad justificante.

En relación con la causa de levantamiento de la pena del apartado V, Bente, a pesar de la mención textual del precepto a los autores, defiende su aplicación a los partícipes, quienes, en la medida en que no son responsables de la obligación de cotización, se verán beneficiados por la anulación obligatoria de pena con la simple comunicación al organismo gestor de la cantidades eludidas.

La parte del trabajo dedicada al estudio de la aplicabilidad de otras figuras delictivas a los supuestos de impago de cotizaciones muestra las insalvables limitaciones del injusto de administración desleal del § 266 StGB para integrar tales conductas. No obstante, el capítulo destaca particularmente por el análisis del § 263 StGB (injusto de estafa<sup>3</sup>), en su modalidad de "estafa de cotizaciones". Bente confronta cada uno de los elementos del clásico ilícito defraudatorio con los modos de realización del impago fraudulento de cotizaciones. En esta labor no ve insalvable afirmar la tipicidad del engaño en los supuestos en que el empresario opera de forma absolutamente oculta para la Seguridad Social, pero sostiene que este completo desconocimiento de la existencia de la empresa por parte del organismo recaudador no es suficiente para aceptar la existencia de un error del sujeto disponente relevante a los efectos de la estafa. El elemento del perjuicio patrimonial para la Seguridad Social también se muestra problemático en determinados supuestos en los que la omisión del pago de las cuotas determina la inexistencia de un derecho de los trabajadores a recibir las prestaciones.

---

<sup>3</sup> El § 263 StGB sanciona con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con multa a quien, con la intención de procurarse para sí o para un tercero un beneficio patrimonial ilícito, irroga a otro un perjuicio patrimonial mediante la causación de un error a través de determinados mecanismos engañosos.

Una serie de propuestas del autor dan conclusión a la obra, constituyendo una de las aportaciones más reseñables de la misma. Bente reitera en este punto, si bien con prudencia, sus dudas sobre la prohibición penal de los comportamientos recogidos en los apartados II y III del § 266a, cuya insignificancia en la práctica ha llevado a cuestionarlos desde consideraciones de necesidad de pena. En segundo lugar, el autor recomienda una serie de mejoras técnicas del § 266a I StGB, articuladas en una propuesta de nueva norma. De entre ellas destacan, por una parte, la especificación expresa en el precepto de que el pago del salario constituye un requisito típico y de que no resulta exigible el descuento previo de las cantidades impagadas, y por otra, la previsión de una serie de circunstancias que determinan la concurrencia de supuestos cualificados, inspirada en la regulación del delito de defraudación fiscal del § 370 AO (Ley tributaria): la relevancia cuantitativa de las sumas impagadas, la utilización de documentos falsificados o la destrucción de documentación contable. Por último, Bente se suma al creciente sector doctrinal que reclama la integración en el objeto de la acción de las cotizaciones empresariales, especialmente apremiante desde el momento en que una de las últimas reformas del régimen sancionador administrativo en materia de Seguridad Social ha obviado la tipificación como infracción administrativa del impago de cuotas empresariales. En esta línea de pensamiento, el autor defiende que la superación de las notas que caracterizaban al injusto hoy recogido en el § 266a I como un delito de administración desleal de patrimonio ajeno, y su consiguiente configuración como un ilícito económico que lesiona directamente los intereses patrimoniales de la Seguridad Social, ponen en tela de juicio la fundamentación que anteriormente podía abonar la exclusión del tipo de las cuotas empresariales. No obstante, el nuevo delito de omisión del pago de la "cotización global de la Seguridad Social" postulado por Bente no prohíbe, a diferencia de la propuesta de algún otro autor, la elusión *fraudulenta* de las cuotas, sino su simple impago llegado el momento de vencimiento. Ello lleva al mantenimiento de una opción tipificadora similar a la actual, que resulta político-criminalmente criticable: la prohibición penal de un comportamiento dotado de una escasa lesividad para los bienes jurídicos protegidos, que requiere, para compensar este exceso criminalizador, la inclusión de una causa de levantamiento de la pena de objetable amplitud. Una opción típica de este género, al margen de otras consideraciones que podrían sustentar su rechazo, probablemente cuestiona la función de la norma penal como ultima ratio y conduce a este sector de la legislación penal económica a un terreno lindante con el denostado Derecho Penal simbólico. Las sugerencias de Bente en este punto no parece que vayan a ser la solución más adecuada para avanzar hacia la reforma de un Derecho Penal de la Seguridad Social escindido entre la prohibición criminal indiscriminada de todo impago de cuotas obreras, y la derivación de ciertos supuestos más graves hacia el clásico delito patrimonial de estafa, inadecuado en este ámbito.

Los problemas que presenta la tipificación penal de los incumplimientos de la obligación de cotización en el Derecho alemán no pueden llevar a preterir el hecho de que en aquel país la experiencia criminalizadora ha generado, especialmente a partir de la introducción de los ilícitos en el StGB, un importante volumen de estudios doctrinales. El libro del Dr. Bente, avalado tanto por un elogiado trabajo de documentación de los planteamientos de la doctrina especializada, como por la atendible fundamentación de sus reflexiones, facilita a investigadores y juristas el acceso a aquel acervo científico.