



Roj: **STS 2098/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2098**

Id Cendoj: **28079129912020100002**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **26/06/2020**

Nº de Recurso: **2552/2019**

Nº de Resolución: **355/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1066/2019,**
STS 2098/2020

RECURSO CASACION núm.: 2552/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2^a

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 355/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo García

D.^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 26 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 2552/19 por infracción de ley interpuesto por D. Desiderio representado por la procuradora D.^a M.^a del Mar Serrano Moreno, bajo la dirección letrada de D.^a Susana de la Torre Sánchez y por D. Elías representado por el procurador D. Jaime Briones Neneit, bajo la dirección letrada de D. Oscar Federico Fernández Bermejo, contra la sentencia dictada por Audiencia Provincial de Bizcaia (Sec. 2.^a, Rollo 189/18) de fecha 25 de abril de 2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la



sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal num. 5 de Bilbao (PA 351/17), derivado de procedimiento seguido en el Juzgado de Instrucción num. 2 de Bilbao (num. 633/16). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 2 de Bilbao incoó Procedimiento Abreviado num. 633/16, por delito de fraude a la Seguridad Social y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal num. 5 de Bilbao (PA 351/17), que con fecha 23 de abril de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "UNICO.- Que Teodosio , mayor de edad y con computables a efectos de reincidencia, Desiderio , antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Elias , nacido en Nepal, mayor de edad, sin antecedentes penales y con permiso de residencia y trabajo hasta el 16 de septiembre de 2017, realizaron los siguientes hechos:

Teodosio y Desiderio urdieron un plan directamente encaminado a conseguir de manera indebida y mediante engaño al Servicio de Empleo Público Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social la obtención de las prestaciones y subsidios por desempleo mediante la creación de la sociedad PROYECTOS E INVERIONES URIEN SL con CIF 48116692978 con domicilio social en la calle Henao n° 13, 5° derecha de Bilbao, entidad sin actividad real, a través de la cual aparentarían una relación laboral inexistente con determinadas personas a cambio de una cantidad de dinero no determinada que era entregada por el supuesto trabajador que a cambio obtenía la generación de períodos de cotización en la Seguridad Social.

Tal entidad fue constituida en escritura pública n° 3609 otorgada ante notario el 6 de noviembre de 2014 por Teodosio siendo éste socio único y su administrador único desde tal fecha hasta el 2 de junio de 2015 y llevando en todo caso la gestión efectiva de la entidad junto con Desiderio desde el 6 de noviembre de 2014 y aun después de dejar de ser administrador, hasta el 4 de diciembre de 2015.

Para ello Teodosio y Desiderio puesto de común acuerdo con Elias concertaron aparentar una relación laboral inexistente con éste, conociendo que nunca iban a ser prestados los trabajos y procedieron, a través de la asesoría ASEBIL HERBLA ASESORES, SL, quien desconocía la intención de los mismos, a la que previamente enviaban los datos relativos a la supuesta relación laboral con Elias , a tramitar en fecha no determinada pero aproximadamente el 3 de diciembre de 2014 el alta en la Seguridad Social de Elias , previa presentación del modelo de contrato indefinido del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social correspondiente a contrato de trabajo por tiempo indefinido que incluía una relación laboral inexistente en el que Teodosio , como administrador de la mercantil citada, contrataba el 3 de diciembre de 2014 a Elias como técnico comercial y con un supuesto salario de 1.840 euros brutos mensuales incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias a forma de jornada completa tarifa Plana y a desarrollar en el centro de trabajo de Bilbao en la calle Henao 13-5 y fue presentado ante el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) manteniendo al trabajador en esta situación de alta laboral durante el tiempo suficiente para poder acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo y sin abonar nunca las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social.

A continuación reflejaron igualmente el cese de la supuesta relación laboral el 28 de febrero de 2015, procediendo Teodosio y Desiderio a presentar ante el SEPE la documentación necesaria para la consecución de su objetivo, en particular el certificado 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 el supuesto trabajador.

De esta forma Elias permaneció de alta en el Régimen general de la Seguridad Social desde el 3 de diciembre de 2014 hasta el 28 de febrero de 2015.

Seguidamente a raíz de lo anterior a Elias le fueron abonadas las prestaciones por desempleo de nivel contributivo de 120 días de duración, del 6 de marzo de 2015 al 5 de julio de 2015 con una base reguladora de 51,51 euros al día y un importe total de 4.063,03 euros y posteriormente se le reconoce una prestación por desempleo de nivel asistencial por agotamiento de la prestación contributiva de 180 días de duración del 8 de septiembre de 2015 al 1 de mayo de 2016 con una base reguladora de 17,17 euros al día y un importe de 809,40 euros, siendo estas prestaciones reconocidas tras el cese en la empresa PROYECTOS E INVERSIONES URIEN SL.

Así se logró que el SEPE abonase a Elias la cantidad total de 4.872,42 euros, cantidad que no habría percibido de otro modo, sin que conste que haya recuperado tales cantidades en vía administrativa y por las que el citado organismo reclama".



SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia, dictó el siguiente Pronunciamiento: "Debo CONDENAR Y CONDENO a Teodosio , como autor, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, de UN DELITO DE FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL del art. 307 ter del Código Penal, a la pena de UN AÑO de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 3 años y abono de las costas incluidas las de la acusación particular.

Debo CONDENAR Y CONDENO a Desiderio , como autor, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, de UN DELITO DE FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL del art. 307 ter del Código Penal, a la pena de UN AÑO de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 3 años y abono de las costas incluidas las de la acusación particular.

Debo CONDENAR Y CONDENO a Elias , como autor, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, de UN DELITO DE FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL del art. 307 ter del Código Penal, a la pena de SEIS MESES de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 3 años y abono de las costas incluidas las de la acusación particular.

Asimismo, se condena a Teodosio , a Desiderio y a Elias a abonar conjunta y solidariamente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL la cantidad de CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS (4.872,42 euros) con los intereses del art. 576 LEC debiendo procederse para la exacción de dicha cantidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 307 ter 5 del Código Penal.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Bizkaia en el plazo de DIEZ DÍAS desde su notificación.

Dedúzcase testimonio de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, incluyéndose el original en el libro de sentencias".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Desiderio y por D. Elias y otros, dictándose por la Audiencia Provincial de Bizkaia, (Sec. 2ª, 189/18) sentencia con fecha 25 de abril de 2019 y que contiene el siguiente Fallo: "1º. DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR el Procurador Sr. Salas en representación de D. Desiderio contra sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Bilbao, de fecha 23-4-2018, y en su virtud, CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN. Le imponemos las costas causadas por su recurso.

2º. DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR el Procurador Sr. Ortega en representación de D. Teodosio contra dicha resolución, y en su virtud, CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN. Le imponemos las costas causadas por su recurso.

3º. DESESTIMAMOS LA ADHESIÓN CAUSADA POR el Procurador Sr. Herández en representación de D. Elias contra dicha resolución, y en su virtud, CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN. Le imponemos las costas causadas por su recurso.

Contra la presente sentencia únicamente cabe interponer recurso de casación por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en los artículos 847.1-2 b y 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo CINCO DÍAS hábiles siguientes al de la última notificación de esta sentencia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado del que proceden, con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Desiderio y de D. Elias , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por D. Desiderio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECRIM por vulneración del artículo 24.2 de la CE, en concreto derecho de toda persona a la presunción de inocencia.



2º.- Al amparo del artículo 849.1 LECRIM por infracción de precepto penal sustantivo en concreto de los artículos 307 ter 1 del CP.

El recurso interpuesto por D. Elias se basó en el siguiente **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

ÚNICO.- Infracción de ley por aplicación indebida 307.1 ter del vigente Código Penal.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 24 de junio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La defensa D. Elias y la de D. Desiderio recurren contra la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 25 de abril de 2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la que había sido dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Bilbao el 23 de abril de 2018, que condenó, entre otros, a los recurrentes como autores de un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter 1. párrafo primero CP.

1. Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015, de 5 de octubre, al introducir la posibilidad de recurso de casación en el artículo 847.1 b) contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, salvo cuando estos se enjuician a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves. Las únicas sentencias que quedan excluidas son las que dimanen del "procedimiento para el juicio sobre delitos leves" previsto en el Libro VI LECRIM, artículos 962 y ss.

Se trata de un recurso limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849", cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. Así lo dijo expresamente el Preámbulo que la Ley que lo implantó, y se deduce del artículo 889 LECRIM que en estos casos autoriza la inadmisión a través de una providencia "sucintamente motivada" acordada por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 28 de marzo, que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la pronunciada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar qué debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

"A) El artículo 847 1º letra b) de la LECRIM debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la LECRIM, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso lo tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal



Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 LECRIM)".

De conformidad con el mismo, abordamos el presente recurso a partir del respeto al relato de hechos declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración, en relación al aspecto que ha suscitado interés casacional. En concreto, los presupuestos de aplicación del subtipo atenuado del artículo 307 ter 1, párrafo segundo CP, pues aunque han transcurrido más de cinco años desde que tal precepto entrara en vigor, esta Sala no se ha pronunciado respecto a tal figura, sin que exista una línea interpretativa unívoca entre las distintas Audiencias Provinciales.

Dejaremos al margen la denuncia en torno a la solvencia de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia, y la discrepancia con el proceso de valoración que dio sustento a la secuencia histórica que recrean los hechos, objeto del primero de los motivos y parcialmente también del segundo de los del recurso formalizado por la defensa del Sr. Desiderio, por exceder del ámbito de resolución que permite este particular modelo de casación. Ya no es momento de resolver discrepancias sobre cuestiones de prueba que han quedado definitivamente zanjadas con la previa intervención de dos tribunales, el de instancia y el de apelación.

2. Jurisprudencia consolidada de esta Sala ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse *ex novo* y *per saltum* alegaciones relativas a otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron suscitados con anterioridad. Lo contrario adentraría a esta Sala en cuestiones sobre las que los tribunales que nos precedieron en el conocimiento del asunto no se pronunciaron, y a decidir sobre ellas por primera vez y no en vía de recurso, lo que desnaturalizaría la casación.

No obstante, la doctrina jurisprudencial admite dos clases de excepciones a este criterio. Cuando se trate de infracción de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y, también, en el caso de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

Se trata de excepciones a la regla general, asentadas en un sistema en el que el recurso de casación estaba abocado a suplir una inexistente segunda instancia, que han sido interpretadas con una generosidad no justificada si ha mediado un previo recurso de apelación, como en este caso. Por lo que, una vez generalizada la doble instancia penal, como concluyó la STS 67/2020, de 24 de febrero, que condensó abundante jurisprudencia al respecto, y en el mismo sentido las SSTS 127/2020 de 14 de abril o 260/2020 de 28 de mayo, "en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo".

El escollo que podría suponer que quienes recurren en casación no plantearan con anterioridad la cuestión ahora controvertida sobre la aplicación de la modalidad atenuada del párrafo 2 del artículo 307 ter 1 CP, que nos abocaría al rechazo de plano del recurso al haber quedado sustraído su objeto del debate entablado en las instancias precedentes, queda salvado a través de la adhesión que la defensa del acusado Sr. Elias realizó al recurso de apelación presentado por los otros acusados. Pues de esta manera asumió la reivindicación que sobre tal extremo incorporó a su recurso de apelación el único condenado que no ha acudido a la casación.

No se trata de subsanar un incumplimiento de los presupuestos formales del recurso con base en el principio *pro actione* (artículo 11.3 LOPJ), sino de un enfoque que enfatiza lo sustancial, justificado en el interés casacional de la cuestión que ahora sí se plantea con todo rigor, especialmente en el recurso del Sr. Elias. Una interpretación que no contradice la cada vez más consolidada jurisprudencia que aboga por el rechazo en casación del examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo (entre otras las ya citadas SSTS 67/2020, de 24 de febrero; 127/2020, de 14 de abril o 260/2020, de 28 de mayo), porque en este caso el Tribunal de apelación tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, y efectivamente lo hizo.

SEGUNDO: El cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM que da viabilidad al recurso nos impone, como hemos anunciado, partir del escrupuloso respeto al relato de hechos probados. En este caso, el Juzgado de lo Penal declaró probado, y la Audiencia Provincial validó como tal: "UNICO.- Que Teodosio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Desiderio, mayor de edad y con



antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Elias , nacido en Nepal, mayor de edad, sin antecedentes penales y con permiso de residencia y trabajo hasta el 16 de septiembre de 2017, realizaron los siguientes hechos:

Teodosio y Desiderio urdieron un plan directamente encaminado a conseguir de manera indebida y mediante engaño al Servicio de Empleo Público Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social la obtención de las prestaciones y subsidios por desempleo mediante la creación de la sociedad PROYECTOS E INVERSIONES URIEN SL con CIF 48116692978 con domicilio social en la calle Henao nº13, 5º derecha de Bilbao, entidad sin actividad real, a través de la cual aparentarían una relación laboral inexistente con determinadas personas a cambio de una cantidad de dinero no determinada que era entregada por el supuesto trabajador que a cambio obtenía la generación de períodos de cotización en la Seguridad Social.

Tal entidad fue constituida en escritura pública nº3609 otorgada ante notario el 6 de noviembre de 2014 por Teodosio siendo éste socio único y su administrador único desde tal fecha hasta el 2 de junio de 2015 y llevando en todo caso la gestión efectiva de la entidad junto con Desiderio desde el 6 de noviembre de 2014 y aun después de dejar de ser administrador, hasta el 4 de diciembre de 2015.

Para ello Teodosio y Desiderio puestos de común acuerdo con Elias concertaron aparentar una relación laboral inexistente con éste, conociendo que nunca iban a ser prestados los trabajos y procedieron, a través de la asesoría ASEBIL HERBLA ASESORES, SL, quien desconocía la intención de los mismos, a la que previamente enviaban los datos relativos a la supuesta relación laboral con Elias , a tramitar en fecha no determinada pero aproximadamente el 3 de diciembre de 2014 el alta en la Seguridad Social de Elias , previa presentación del modelo de contrato indefinido del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social correspondiente a contrato de trabajo por tiempo indefinido que incluía una relación laboral inexistente en el que Teodosio , como administrador de la mercantil citada, contrataba el 3 de diciembre de 2014 a Elias como técnico comercial y con un supuesto salario de 1.840 euros brutos mensuales incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias a forma de jornada completa tarifa Plana y a desarrollar en el centro de trabajo de Bilbao en la calle Henao 13-5 y fue presentado ante el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) manteniendo al trabajador en esta situación de alta laboral durante el tiempo suficiente para poder acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo y sin abonar nunca las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social.

A continuación reflejaron igualmente el cese de la supuesta relación laboral el 28 de febrero de 2015, procediendo Teodosio y Desiderio a presentar ante el SEPE la documentación necesaria para la consecución de su objetivo, en particular el certificado 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 el supuesto trabajador.

De esta forma Elias permaneció de alta en el Régimen general de la Seguridad Social desde el 3 de diciembre de 2014 hasta el 28 de febrero de 2015.

Seguidamente a raíz de lo anterior a Elias le fueron abonadas las prestaciones por desempleo de nivel contributivo de 120 días de duración, del 6 de marzo de 2015 al 5 de julio de 2015 con una base reguladora de 51,51 euros al día y un importe total de 4.063,03 euros y posteriormente se le reconoce una prestación por desempleo de nivel asistencial por agotamiento de la prestación contributiva de 1180 días de duración del 8 de septiembre de 2015 al 1 de mayo de 2016 con una base reguladora de 17,17 euros al día y un importe de 809,40 euros, siendo estas prestaciones reconocidas tras el cese en la empresa PROYECTOS E INVERSIONES URIEN SL.

Así se logró que el SEPE abonase a Elias la cantidad total de 4.872,42 euros, cantidad que no habría percibido de otro modo, sin que conste que haya recuperado tales cantidades en vía administrativa y por las que el citado organismo reclama."

Sentado lo anterior, nos corresponde ahora determinar si la secuencia fáctica que los Tribunales precedentes perfilaron como probada reúne los presupuestos que permiten considerar la misma inculpada en la modalidad atenuada del artículo 307 ter.1 párrafo segundo CP.

1. El artículo 307 ter CP que tipifica de manera expresa y autónoma el fraude de prestaciones a la Seguridad Social fue introducido entre los delitos contra "la Hacienda Pública y la Seguridad Social" por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que modificó el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, vigente desde el 17 enero 2013.

Como recalcó la STS 42/2015, de 28 de enero, el Preámbulo de la mencionada LO 7/2012 justificó la inclusión del artículo 307 ter en la conveniencia de conseguir "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". Afirmación que, además de enfatizar cuál es el bien



jurídico protegido por el citado precepto, precisamente la protección del patrimonio de la Seguridad Social, revela el afán de dotar a las conductas fraudulentas orientadas al percibo de prestaciones que proceden de ésta, cualquiera que sea su naturaleza, de un régimen penal específico que las mantuviera al abrigo del tratamiento dual al que habían sido sometidas por la jurisprudencia, y a su vez las extrajera de la órbita del artículo 308 CP que tipifica el fraude de subvenciones, y de la condición de punibilidad que el mismo contempla. Pues no olvidemos que a este último había reconducido la jurisprudencia de esta Sala, a partir de su pleno de 15 de febrero de 2002, las defraudaciones, en especial las que afectaban al cobro subsidio de desempleo (STS 435/2002, de 1 de marzo). Tipicidad a la que se reconoció especialidad respecto al delito de estafa, en el que, sin embargo, se subsumían los fraudes que afectaban al percibo de pensiones (SSTS 830/2003, de 9 de junio; 915/2004, de 15 de julio; o 636/2012, de 13 de julio). Dualidad que aun hoy perdura en relación al delito de fraude de subvenciones en la línea marcada por la STS 1039/2013, de 28 de noviembre, seguida por otras muchas como SSTS 146/2018, de 22 de marzo; o 234/2019, de 8 de mayo.

En este contexto, el nuevo artículo 307 ter CP se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto al delito de estafa en los comportamientos que impliquen la precepción fraudulenta de prestaciones de la Seguridad Social. Así lo dijimos en la STS 42/2015, de 28 de enero, y lo hemos confirmado en otras como SSTS 425/2017 de 13 de junio, o 146/2018 de 22 de marzo.

El artículo 307 ter 1 CP sanciona en su modalidad básica a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública.

Su estructura es la propia de un delito de estafa, una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social, dando de esta manera lugar a un acto de desplazamiento patrimonial.

En el ámbito de lo subjetivo será exigible el dolo, entendido como conocimiento y voluntad de obtener prestaciones sociales indebidas para sí o para otros, que ocasionen un perjuicio económico a la Administración Pública. Ese dolo deberá ser antecedente o concomitante, sin que requiera un especial ánimo de perjudicar los intereses públicos.

El tipo puede realizarse por acción o por omisión dependiendo de las modalidades típicas. La simulación o tergiversación de hechos que sirvan de presupuesto a la obtención fraudulenta de prestaciones se corresponden con tipos de acción, mientras que "la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar" nos proyecta hacia un engaño por omisión, una construcción que no es novedosa.

Explicábamos en la STS 42/2015, de 28 de enero, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido en relación al delito de estafa el engaño por omisión, sentando de esta manera unas pautas interpretativas trasladables al delito previsto en el artículo 307 ter. En palabras que tomamos de la STS 661/1995, de 18 de mayo "el engaño constituye la afirmación de los hechos falsos como verdaderos, o bien el ocultamiento de hechos reales". Y se ha apreciado la existencia de engaño típico cuando se omiten los comportamientos legales exigidos para evitar el resultado producido (STS 1036/2003, de 2 de septiembre); o cuando quienes tienen posición de garantes por haber generado un riesgo serio para el patrimonio de los acreedores, no les comunicaron el riesgo inminente de incumplimiento y del consiguiente perjuicio patrimonial que hubiera podido impedir el resultado (SSTS 79/2004, de 27 de febrero y 591/2007, de 2 de julio) o cuando se omite el facilitar información obligada (STS 281/2014, de 26 de marzo).

Igualmente se han considerado constitutivas de delito de estafa las conductas de usar un poder notarial habiendo fallecido la poderdante (STS 993/2012, de 4 de diciembre), y de disponer de una cuenta ajena usando de un talonario que había sido entregado por error (STS 437/2006, de 17 de abril o 121/2013, de 25 de enero).

La STS 915/2004, de 15 de julio, apreció en la acusada voluntad de engañar a la entidad bancaria pagadora y, a través de ésta, a la Seguridad Social, desde que comenzó a cobrar ella la pensión a la que no tenía derecho alguno por fallecimiento de la que era su titular. Y consideró el engaño consistente en ocultar ese fallecimiento como idóneo, bastante, y determinante del acto de disposición consistente en el pago del importe de la pensión. Un supuesto muy similar al de la STS 42/2015, en el que el acusado no comunicó a la Seguridad Social el fallecimiento de su madre para que se siguiera abonando la pensión que a ella le correspondía, cuando tenía la obligación de hacerlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 7 de mayo de 1981 por la que se desarrolla el Real Decreto 227/1981, de 23 de enero, sobre sistemas de pago de los haberes de Clases Pasivas del Estado. El engaño estuvo residenciado en la falta de comunicación al banco donde se ingresaba la pensión y al INSS, del fallecimiento de la titular de la pensión.



El artículo 307 ter CP incorpora un delito de resultado cuya consumación se difiere al momento en el que se produce el percibo de la prestación indebida (STS 150/2020, de 18 de mayo) como determinante del daño efectivo al patrimonio de la Seguridad Social. Afecta a prestaciones nuevas o a la indebida prolongación de las que se venían percibiendo. El precepto establece una singular regla de autoría, que atribuye tal condición a quien facilite a otros la obtención de las prestaciones indebidas, lo que puede acarrear especiales problemas de subsunción en supuestos en los que quien realice tal aportación fuera el funcionario o autoridad encargada de la gestión del patrimonio público, lo que en esta ocasión no nos afecta.

Los hechos declarados probados encajan de plano en esa tipicidad, en cuanto recrean el desarrollo por los acusados de una estrategia tejida para conseguir, mediante engaño al Servicio de Empleo Público Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social, el cobro indebido de prestaciones de desempleo, por quien carecía de las preceptivas cotizaciones. Para ello los tres acusados aparentaron una relación laboral inexistente, que sirvió de coartada para dar de alta en la Seguridad Social como empleado al Sr. Elias , manteniendo al trabajador en esta ficticia situación laboral durante el tiempo suficiente para poder acceder al subsidio por desempleo, sin abonar las correspondientes cotizaciones. De esta manera el delito quedó consumado en cuanto que aquel llegó a percibir prestaciones por un importe total de 4.872,42 euros.

2. Precisamente en el importe total de la suma defraudada anclan los recurrentes la aplicación de la modalidad atenuada prevista en el artículo 307 ter 1 párrafo segundo CP.

Una peculiaridad del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter CP es que el tipo básico contemplado en el párrafo primero del apartado 1, no exige cuantía mínima para entenderse consumado, en contraste con el resto de delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social que sí requieren que el fraude supere importes significativos para ser penalmente relevante.

Establece el párrafo segundo del artículo 307 ter 1 CP "cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo".

Cualquier análisis en relación a la aplicabilidad de esta modalidad atenuada debe partir de la consideración, que ya hemos afirmado, de ley especial que corresponde al artículo 307 ter CP respecto al delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250 y también respecto al 251, todos del CP, que le atribuye preferencia en la aplicación (artículo 8.1 CP). Pues si estudiáramos la relación desde el principio de alternatividad y mayor rango punitivo del artículo 8.4 CP, la modalidad atenuada del artículo 307 ter 1 párrafo segundo que ahora centra nuestra atención, quedaría siempre desplazado por el artículo 249 apartado primero si la cuantía de la defraudación fuese superior a 400 euros. Solo subsistiría con importes inferiores a esa suma, ya que su pena es de multa proporcional y por tanto pena menos grave que desplazaría a la del artículo 249.2 CP, lo que conduciría a su práctica inoperatividad.

El subtipo que nos ocupa exige que la defraudación no revista especial gravedad de acuerdo con los parámetros del importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor. A partir de una interpretación literal del precepto, el uso de la conjunción copulativa "y" sugiere indefectiblemente que los distintos indicadores que la norma contempla deben de ser valorados conjuntamente.

La figura atenuada aglutina factores que afectan al injusto -importe y medios- y a la culpabilidad -circunstancias personales-, variedad que complica su exégesis y aplicabilidad.

En cualquier caso, dado el contenido patrimonial del tipo, si bien esta modalidad atenuada debe conformarse con la valoración de los tres parámetros que el precepto contempla, goza de especial relevancia "el importe de la defraudación", que, como apunta el Fiscal, resulta básico en la fórmula, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación.

Como ponen de relieve los recursos, las decisiones adoptadas sobre este extremo por las Audiencias Provinciales han abarcado una amplia horquilla: sobre la suma de 4.101 euros aplicó el artículo 307 ter 1. párrafo segundo CP la SAP Oviedo, Sección 3ª, 44/2015 de 30 de enero; y la SAP Granada, Sección 1ª, de 26 de febrero 2018 sobre cantidades que oscilaron entre 1434,20 y 8633,60 euros. Estos son los precedentes provinciales invocados por los recurrentes, si bien ha habido otros: SAP Tenerife, Sección 2ª, 216/2019, de 8 de julio, en un supuesto en que la suma defraudada por simulación ascendió a 241,40; SAP Jaén, Sección 2ª, 69/2019, de 2 de abril, lo aplicó a 4.736,48 euros defraudados también por simulación; SAP Valencia, Sección 2ª, 132/2019, de 15 de marzo, a 4.686 euros; y la SAP Zaragoza, Sección 3ª, 1/2017. de 3 de enero, a 1000 euros. Incluso la STS 524/2019, de 30 de octubre, confirmó la aplicación de esa modalidad atenuada a la obtención a través de un contrato de trabajo simulado de 1.278 euros en perjuicio de la Administración.

3. Son varias las posibilidades que se nos plantean.



Tenemos que descartar la equiparación absoluta con el delito de estafa que llevaría a fijar el límite cuantitativo de la modalidad atenuada por debajo de 400 euros. Si el legislador ha decidido distanciarse en ese concreto punto de tal precedente, no es adecuado sortear su voluntad de esta manera. Además, chocaríamos con el propio texto de la norma que habla de "menor gravedad", y le asigna una pena menos grave, cuando 400 euros es la cifra tomada como dintel en los delitos de contenido patrimonial que tienen previsto su correlativa figura leve (el hurto del artículo 234.2; la estafa del 249 párrafo segundo; la apropiación indebida del 253.2; o los daños del 263.1 párrafo segundo, todos ellos CP). No encontramos justificación suficiente para la asimetría en cuanto a la penalidad que esta opción supondría en el carácter público del patrimonio que protege el artículo 307 ter, pues no es ese el criterio que sigue el Código, por ejemplo, cuando del tipo básico se trata, o al no prever una super agravación como la contemplada para la estafa en el artículo 250.2 segundo párrafo, cuando la cuantía supere los 250.000 euros. Pese al carácter público de los fondos afectados en el caso del artículo 307 ter, en estas ocasiones la estafa lleva aparejada mayor penalidad.

El Fiscal propone como límite de aplicación, que el importe defraudado no supere los 4.000 euros. Está bien argumentado. No es una cantidad caprichosa, sino referida a la malversación de caudales del artículo 433 CP, donde se ha establecido ese límite para hacer entrar en juego un subtipo atenuado; precepto que, además, tiene algunos factores de conexidad con el que ahora se contempla. Sin embargo, el paralelismo se difumina si lo ponemos en relación con aquellas figuras con las que el tipo estudiado comparte perfiles y ubicación en el CP, es decir, los restantes preceptos incluidos en el Título XIV del Libro II, "De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", y especialmente con los que más recientemente han merecido la atención del legislador, los artículos 305.3 y el 308 reformados por la LO 1/2019, de 20 de febrero.

Ciertamente el artículo 307 ter CP se diferencia de sus compañeros de ubicación, en que no contiene condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, que es típica a partir del primer euro. Sin embargo, comparte otros perfiles, como la existencia en algunos casos de un tipo cualificado, que en consonancia con la inexistencia de un límite mínimo que condicione la tipicidad, para el artículo 307 ter está fijado en una suma inferior de la que corresponde a los que sí la tienen (artículo 305 bis o 307 bis). Y con otros, el tener previsto una modalidad atenuada (artículo 305.3 correspondiente a las defraudaciones que afecten a la Hacienda de la Unión Europea y 308.4 dedicado al fraude de subvenciones) configurada como delito menos grave.

Respecto al precepto contenido en el artículo 305.3 CP, el límite que fija el suelo por debajo del cual se considera el comportamiento atípico, se elevó en el año 2019 de 4.000 a 10.000 euros, quedando estructurada la punición en un tipo básico aplicable a partir de 100.000 euros y hasta 600.000, una modalidad agravada cuando exceda de esa cifra y otra atenuada, prevista como delito menos grave, para defraudaciones que oscilen entre los 10.000 y los 100.000.

También en el año 2019 el legislador incorporó en el diseño típico del fraude de subvenciones del artículo 308, una modalidad atenuada para importes que, sin llegar a superar los 100.000 euros, excedieran de 10.000 (artículo 308.4 CP).

Contando con la inexistencia de condiciones de punibilidad, esta configuración se corresponde de forma más equilibrada con la estructura del delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social; que tendrá, cuantitativamente, un último escalón de punición que abarcará las defraudaciones de hasta 10.000 euros. En el bien entendido -como se indicó más atrás- que el referente a la cantidad es sólo uno de los utilizados en el artículo 307 ter.1 párrafo segundo CP, para la constitución del tipo atenuado; de forma que si ni por los medios empleados ni por las circunstancias personales del autor el hecho revistiera mayor gravedad, una defraudación inferior a los 10.000 euros abriría la aplicación al tipo atenuado.

Ya hemos dicho que el tipo exige una ponderación conjunta de los tres parámetros en liza. Lo que relativiza la cifra fijada, que tendrá relevancia determinante, insistimos, cuando sea el único estándar a considerar, pero no en el caso de que converjan con especial intensidad de uno u otro signo, agravatorio o atenuatorio, los otros dos.

4. Dentro del parámetro de los "medios empleados", sin ánimo de exhaustividad, se valorarán como factores para apuntalar la especial gravedad que excluya el subtipo, aunque la cantidad no llegue a 10.000 euros, la constitución fraudulenta de empresas y sociedades, en las que sin actividad real se simulen y aparenen relaciones laborales inexistentes para obtener prestaciones sociales fraudulentas; el otorgamiento de escrituras instrumentales mendaces; y también aquellos en los que se hayan materializado acuerdos con trabajadores para, a cambio de dinero, generar a su favor periodos ficticios de cotización a la Seguridad Social. Todo ello sin perjuicio de que, en aquellos casos en que la concurrencia de falsedades instrumentales en documentos oficial, público o mercantil, que por afectar a bienes jurídicos distintos y no venir exigidas por el



tipo aboquen al concurso de delitos, la ponderación sobre la aplicación o no de la modalidad atenuada que nos ocupa habrá de evitar el incurrir en doble sanción.

5. En cuanto a las circunstancias personales del autor, en un paralelismo con la doctrina de esta Sala en relación a la modalidad atenuada que para el delito contra la salud pública prevé el artículo 368.2 CP que introdujo el mismo estándar, como circunstancias personales del delincuente habremos de considerar las situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social (entre otras STS 336/2017, de 11 de mayo). Son factores que no solo permiten, sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor. Así como también aquellos que referencia el artículo 50.5 CP con alusión a "la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares".

En el parámetro se pueden valorar aspectos tales como los conciertos criminales, los planes urdidos y la utilización abusiva de personas vulnerables o de sus documentos para aparentar las relaciones laborales inexistentes.

En definitiva, los criterios expuestos habrán de operar como pautas interpretativas en la aplicación de la modalidad prevista en el párrafo segundo del artículo 307 ter.1 CP, en todo caso dotados de la flexibilidad que deriva de la interacción entre ellos.

TERCERO: Aplicados los criterios expuestos al caso concreto que ahora nos ocupa, aun cuando el importe de la defraudación no alcanzó los 10.000 euros, las circunstancias concurrentes en los hechos descartan la modalidad atenuada que se reclama. Desde el análisis de los medios empleados, se utilizó como instrumento para la defraudación un entramado empresarial diseñado al efecto y formalmente constituido, que habilitaba además la reiteración de comportamientos similares. Por su parte, las condiciones personales avalan un plus de gravedad en quien, como es el caso del acusado Desiderio, se encargaba de la gestión directa de la empresa creada, y urdió el plan defraudatorio. Tampoco la participación del otro recurrente, el trabajador Sr. Elias, da cabida a otra consideración, pues no contamos con elementos que permitan deducir que el mismo se encontraba en situación de especial vulnerabilidad. Según el relato de hechos que nos vincula se concertó expresamente con quienes urdieron el plan, en una estrategia cuyo carácter fraudulento es de común conocimiento. Y por más que fuera extranjero, su situación en España era legal, contaba con permiso de residencia y trabajo, y tuvo acceso al mercado laboral, ya que con carácter previo a los hechos consolidó algunas cotizaciones, aunque insuficientes para generar derecho a la prestación. Extremo este último que carece del carácter exculpante que el recurso le atribuye. Como dijimos en la STS 150/2020 de 18 de mayo, "nos encontramos ante un tipo penal que consiste en propiciar relaciones laborales ficticias con la finalidad de permitir el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social a las que no se hubiera tenido derecho sin esa simulación, es indiferente de la existencia de empleadores anteriores o de cual fuere el periodo de cotización base de la prestación, pues fue la conducta llevada a cabo por el acusado, simulando la existencia de una relación laboral de los trabajadores....., lo que determinó el devengo de las prestaciones que de otra forma no se hubiera producido".

Por último, en orden a las alegaciones formuladas por el recurrente D. Desiderio, la mera creencia de que su socio, también condenado, se disponía a regularizar la situación, más allá de que no cuenta con reconocimiento fáctico, no puede justificar la aplicación de la exención prevista en el apartado 3 del artículo 307 ter, cuando finalmente no se realizó reintegro alguno.

Los recursos se desestiman.

CUATRO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM procede declarar de oficio las costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Desiderio y de D. Elias contra la sentencia dictada por Audiencia Provincial de Bizcaia (Sec. 2ª, Rollo 189/18) de fecha 25 de abril de 2019.

Comuníquese a dicha Audiencia Provincial esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

Miguel Colemenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ