



Roj: **STS 969/2018 - ECLI:ES:TS:2018:969**

Id Cendoj: **28079120012018100122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2018**

Nº de Recurso: **954/2017**

Nº de Resolución: **146/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 776/2017,**  
**STS 969/2018**

RECURSO CASACION núm.: 954/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 146/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. **Rogelio** , contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz. Sección Cuarta, en el Rollo 1/2017 , seguida por un delito de falsificación en documento público, estafa y estafa procesal contra Rogelio . Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador D. Miguel Ángel Ayuso Morales bajo la dirección letrada de D. Antonio Royo Sánchez y como parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social asistida por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social D.<sup>a</sup> María Luisa Baró Pazos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El Juzgado de instrucción núm. 4 de Cádiz (antiguo Mixto nº 4) incoó diligencias previas núm. 892/2014 y, una vez conclusas, las remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta que, con fecha 21 de febrero de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados** :



<< **PRIMERO** .- El acusado, Rogelio , mayor de edad y sin antecedentes penales, en virtud de un plan preconcebido y con la finalidad de obtener sucesivas prestaciones de la Seguridad Social de incapacidad temporal se dio de alta a si mismo como único trabajador el 15/12/09 en la Asociación de Constructores La Janda inscrita el 22/5/07 en el Registro de Asociaciones, resultando ser ésta una Empresa Ficticia, sin actividad alguna y con la única finalidad de aparentar una relación laboral de soporte para dichas prestaciones.

Así, alegando un incumplimiento empresarial de la obligación de pago delegado de tales prestaciones obtuvo alguna de las reclamaciones.

En concreto, constan en la Dirección Provincial del INSS de Cádiz los siguientes expedientes de solicitud del acusado de prestaciones económicas de Incapacidad temporal:

1º.- En base a un accidente de trabajo ocurrido el 9/3/10 cuya realidad no se ha constatado, por el que se extendió una baja médica el 10/3/10, con alta el 6/10/10, se presenta solicitud de reconocimiento de la prestación el 14/10/10 dictándose el 17/1/11 resolución en el expediente NUM000 , por la que se le reconoce una prestación de 7.738,46 euros.

2º.- En base a un accidente de trabajo de 24/10/11 cuya realidad no se ha constatado, se emite baja médica el 25/10/11 y alta el 6/2/12. Se presentó por el acusado la solicitud de reconocimiento de la prestación el 3/5/12 si bien, en éste caso por resolución de 9/1/13 se le deniega la prestación.

3º.- En base a un accidente de trabajo de 20/2/12, cuya realidad no se ha constatado, se emite baja médica el 20/2/12 no constando el alta médica, presentó el acusado solicitud de reconocimiento de prestación el 6/9/12, denegándose dicha prestación por resolución de 10/1/13.

En la misma dinámica y con la misma finalidad el acusado instó ante la Dirección Provincial de INSS de Granada otros tres expedientes de Incapacidad Temporal, en concreto:

1º.- En base a una enfermedad común que comprendía desde el 12/11/07 hasta el 6/2/08 se presentó solicitud de 10/1/08 dictándose resolución el 28/10/08 por la que se reconoce una prestación por importe de 2.351,51 euros.

2º.- En base a un accidente de trabajo cuya realidad no consta, que comprende el periodo de 19/11/08 a 28/11/08 se presenta solicitud el 16/3/09 dictándose resolución el 19/11/09 por la que se le reconoce una prestación por importe de 262,62 euros.

3º.- En base a un accidente de trabajo cuya realidad no se ha constatado se emite baja médica desde el 2/12/08 al 13/3/09 presentado el acusado solicitud ante el INSS de Granada el 18/6/09 dictándose resolución denegatoria de 5/8/09 interponiéndose por el acusado el oportuno recurso administrativo que fue desestimado por lo que el acusado acudió a la jurisdicción social interponiendo demanda que dio lugar a los autos nº 109/10 del Juzgado de lo Social nº 7 de Granada donde se dicta sentencia de 10/4/12 estimando parcialmente la demanda, sentencia que se declara firme por auto de 6/6/12 percibiendo así el acusado la suma de 11.160,38 de euros por incapacidad laboral temporal cuando no existió relación laboral por cuenta ajena>>.

**SEGUNDO** .- La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz en el procedimiento abreviado núm. 1/2017 dictó sentencia núm. 48/2017 de fecha 21 de febrero de 2017 con la siguiente **partedispositiva** :

<< **FALLAMOS** : Debemos condenar y condenamos a Rogelio , como autor de un delito de Falsedad Documento Oficial en concurso medial con delito continuado de Estafa, a la pena de un año y nueve meses de prisión, 7 meses multa con cuota diaria de 6 Euros, arresto subsidiario de 105 días en caso de impago. Como autor de un delito de Estafa Procesal, pena de un año de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros, con arresto subsidiario de 90 días en caso de impago.

Indemnización a favor del INSS en la suma de 21.512,84 Euros, con los intereses legales del art. 576 LECivil y costas, incluidas las devengadas por la Acusación Particular.

Estése a la espera de la terminación y remisión a este Tribunal de la pieza de responsabilidad civil.

Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se instruirá de los recursos a interponer contra esta sentencia y una vez firme comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes al de la naturaleza del condenado>>.

**TERCERO**.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO**.- La representación legal del recurrente D. Rogelio , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :



**Motivo primero** .- Infracción de ley del art. 849 de la LECrim , por aplicación indebida de los arts. 392.1 , 390.1.3 y 4 , 248 , 249 y 74 del CP .

**Motivo segundo** .- Infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del art. 250.1.7 del CP .

**QUINTO**.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 1 de septiembre de 2017, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión y, subsidiariamente la desestimación de los motivos del recurso interpuesto.

**SEXTO**.- Por providencia de fecha 14 de febrero de 2018 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO**.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 7 de marzo de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó la sentencia núm. 48/2017 , en el marco del procedimiento abreviado núm. 2/2017, seguido contra el acusado Rogelio por los delitos de fraude, falsedad y estafa. Contra esta resolución se interpone recurso de casación. Se formalizan dos motivos que van a ser objeto de un tratamiento sistemático diferenciado.

**SEGUNDO** .- El primero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , denuncia infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 390.1.3 y 4 , 248 , 249 y 74 del CP .

**2 . 1** .- Entiende la defensa que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial cometida por particular, previsto en los arts. 392.1 , 390.1.3 y 4 del CP , en concurso medial con una estafa continuada de los arts. 248 y 249 del CP , no es correcta. A su juicio, la calificación correcta es la que ofrece el art. 308.1 del CP , en el que se describe un tipo especial «... *que se ajusta perfectamente a los hechos de los que se acusa*» a Rogelio . Sigue razonando que «... *cuando la conducta típica se ajusta a dos tipos penales, debe aplicarse aquel cuya conducta sea más específica ( art. 8.1 CP )* . Por consiguiente, se debió aplicar el art. 308.1». Como quiera que el acusado sólo defraudó un total de 21.512,84 euros, se le debe absolver, al no haber superado el límite cuantitativo previsto en aquel precepto, que exige una defraudación superior a 120.000 euros.

El desarrollo del motivo da oportunidad a la defensa para glosar la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional que se ha pronunciado sobre el criterio para resolver el concurso aparente de normas que sugiere la subsunción del hecho probado. Estima que la analogía entre las prestaciones por desempleo y las que se devengan en los supuestos de incapacidad temporal, ofrece un argumento de gran peso para sostener la aplicación preferente de la STS 2052/2002, 11 de diciembre , que optó por aplicar, en su condición de ley especial, el art. 308.1 del CP .

Considera la defensa, además, que de aplicar el art. 308.1 del CP , sólo podría castigarse por un único delito, toda vez que «... *sólo se puede defraudar a la Seguridad Social si previamente ha mediado un engaño, una falsead o ambas acciones*». De ahí que castigar por ambos delitos encierra una vulneración del *non bis in idem*.

El Ministerio Fiscal, en su dictamen de impugnación, considera correcta la calificación de los hechos fijada por la Audiencia y razona que, de estimarse que los hechos son constitutivos de sendos delitos de falsedad y estafa, deberían pensarse ambos delitos por separado, bien que en concurso medial, porque atentan a bienes jurídicos distintos y están ligados en relación de medio a fin.

**2 .2**.- La adecuada subsunción de los hechos que han sido declarados probados no puede desvincularse de la sucesión de tipos penales que, rindiendo culto a un deficiente casuismo, superponen espacios de tipicidad que complican sobremanera la labor del intérprete. El análisis de las alegaciones del recurrente y del dictamen del Ministerio Fiscal llevan a la Sala a entender que la convergencia de preceptos que reivindicaban su aplicación opera en una triple dirección, a saber, entre los arts. 308.1 , 248 y 307 *ter* del CP .

Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala ha venido resolviendo la relación concursal que se suscita entre los delitos de estafa y el fraude de subvenciones sin la uniformidad que habría sido deseable. Así, la STS 514/2002, 29 de mayo , entendió que el delito previsto en el art. 308 del CP era ley especial respecto del art. 248, excluyendo su aplicación en aquellos casos en los que la cantidad defraudada no rebasaba el importe de la condición objetiva de punibilidad que incorpora aquel precepto. En su FJ 2º razonaba en los siguientes términos: «... *la conducta declarada probada, la obtención de subsidios de desempleo, en principio, es típica del art. 308 del Código Penal , art. 350 CP TR 73, debiendo ser incluido en el presupuesto típico de subvención y de ayuda el subsidio de desempleo. Los fondos dispuestos son fondos públicos destinados a intereses generales,*



públicos y sociales. Dentro del sistema de Seguridad Social existen dos niveles de cobertura por desempleo, por una parte, a nivel contributivo, la prestación por desempleo, y a nivel asistencial, el subsidio de desempleo. En este sentido, la Ley General Presupuestaria define la subvención en su art. 81.2 que incluye como tales: «a) a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público. b) A cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al presupuesto del Estado o de sus organismos autónomos y a las subvenciones o ayudas, financiadas en todo o parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea».

La prestación, o el subsidio, por desempleo, participa del concepto legal de subvención y, consecuentemente, su obtención fraudulenta es típica del delito previsto en el art. 308 del Código Penal . (...) Este tipo penal es de aplicación preferente, por el principio de especialidad, al tipo penal de la estafa, en el supuesto de que se entendiera que la conducta fuera subsumible en este tipo penal. En este supuesto la aplicación del principio de especialidad haría inaplicable el tipo penal de la estafa, por aplicación del preferente de fraude de subvenciones y ello con independencia de la concurrencia, o no, de la condición objetiva de punibilidad contenido en este tipo penal referido a la cuantía de 10 millones de pesetas para su punición.

La divergencia jurisprudencial que parecía existir fue resuelta en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 15 Feb. 2002 que acordó incluir en la tipicidad del art. 308 a los supuestos de fraude en la percepción de prestaciones por desempleo. Al no rellenarse la condición objetiva de la penalidad que el artículo contempla, procede con estimación del recurso, absolver a los acusados ».

Sin embargo, la STS 1030/2013, 28 de noviembre , se adscribió a una línea interpretativa en la que se entiende que la estafa, en algunos casos, puede actuar como norma principal, no subsidiaria, en aplicación del art. 8 del CP , con la consiguiente reducción de los ámbitos de impunidad. La transcripción literal de su FJ 10º resulta de especial interés: «... el artículo 308 CP no recoge en su redacción típica alusión alguna a los términos "engaño bastante, ánimo de lucro, o error", característicos de la estafa. Pero la conducta que describe, en algunos casos podrá contar con esos elementos. Algunos autores incluso llegaron a cuestionar la necesidad de un tipo penal especial de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas. En su estimación era suficiente con el tipo penal de estafa. Otros llegaron a afirmar que estábamos ante una modalidad de la estafa.

Pero el contenido de los dos ilícitos no es coincidente. Mientras con la estafa el Legislador quiere sancionar conductas eminentemente atentatorias del patrimonio en los que el perjuicio ocasionado por el agente está materialmente desconectado de la idea de obtener una subvención, desgravación, o ayuda; la conducta que quiere castigarse con el art. 308, es la específica perturbación de los objetivos perseguidos y requisitos preestablecidos en los sistemas de ayudas y subvenciones.

Se ha dicho por eso con razón que el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, y el delito de estafa, poseen en principio ámbitos de aplicación diferenciados. Es posible deslindar los casos en que se aplicaría el delito de estafa y los casos en que se aplicaría el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de estafa opera en los casos en que la ilicitud no radica tanto en falsear u ocultar las condiciones para la consecución de la subvención, ayuda o disfrute de la desgravación, sino en el desplazamiento patrimonial estando totalmente ausente la intención de destinar los fondos al fin para el que fueron otorgados. En cambio, puede apreciarse el delito de fraude de subvenciones, cuando la finalidad del agente tiene consonancia con la legalidad: se constata un propósito de destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, aunque no se tiene reparo en falsear u ocultar las condiciones requeridas para su consecución.

El delito de estafa, por su mayor desvalor, se configura como un delito principal sobre el subsidiario (delito de fraude de subvenciones).

Sólo adquiere así plena coherencia la decisión del legislador de sancionar en todo caso con mayor pena la estafa que el fraude de subvenciones, así como la de seguir manteniendo un límite cuantitativo tan elevado para caracterizar el objeto material de este delito (art. 308).

Esta concepción, rescata el delito de estafa para esta materia. Entre otras cosas para salvaguardar la congruencia en la dispensación de sanciones. No tiene sentido equiparar un fraude consistente en la obtención de 120.001 euros con el plan premeditado burdo y exclusivo y excluyente de enriquecerse; que la obtención de esa misma subvención que se invierte efectivamente en los fines previstos, pero para cuya obtención se ocultó la ausencia de un requisito esencial o se simuló una cualidad que era imprescindible pero de la que no se gozaba. La obtención fraudulenta de subvención del art. 308.1 no es una "estafa" especial en un ámbito específico. Por eso no supone expulsar a la estafa común de este área (subvenciones), por existir un tipo más especial (lo que tampoco es cierto en rigor: la estafa también tienen algunos ingredientes que no aparecen en el art. 308: desde ciertas perspectivas es más especial la estafa). Las relaciones han de ser planteadas desde bases distintas. La incorporación del art. 350 (y sobre todo del actual art. 308) no quiso sustituir la estafa, con unas penas que a





la larga han resultado más benignas; sino situar a su lado -no en su lugar- unas conductas que no encajaban en la estafa, es decir cubrir una laguna de punibilidad.

La mayor gravedad del delito de estafa le sitúa en las condiciones precisas para ser considerado ley principal frente al delito de fraude de subvenciones que vendría a recoger aquellas conductas que no pudiesen incluirse en la estafa por faltar alguno de sus requisitos (solapamiento valorativo en el que la agresión más perfecta y más próxima del bien jurídico ha de prevalecer sobre la menos intensa). Bajo la vigencia del CP de 1995 no es sostenible que la estafa sea ley subsidiaria del fraude como se llegó a entender con anterioridad. Esa es, con matices, la tesis refutada constitucionalmente, por resultar incompatible con el principio de legalidad. Sería paradójico que una conducta defraudatoria constitutiva de estafa resultase impune por referirse a subvenciones y no alcanzar los ciento veinte mil euros.

Ciertamente cuando el fraude de subvenciones en sentido estricto no alcance esa cifra es conducta sancionable solo administrativamente. Pero no puede sostenerse con carácter generalizado que en el campo de las subvenciones (o sea, cuando un sujeto se vale como mecanismo de la solicitud de una subvención) no caben estafas, aunque se colmen todos los elementos típicos. La conducta de quien solicita una subvención con el propósito preconcebido de incorporarla a su patrimonio, y simulando dedicarse a la actividad subvencionable, no puede quedar impune si no se alcanza ese monto.

Fraude de subvenciones y estafa tienen un cierto espacio de aplicación convergente, pero no excesivo si se miran bien las cosas. Buena parte de hechos encajables en el art. 308.1 y 308.2 quedan al margen de la estafa. En el art. 308.2, solo serían reconducibles a la estafa aquellos casos en que existe un plan premeditado de desviar el importe de la subvención y se usa de un engaño eficaz para obtenerla, es decir, superior a la mera mendacidad. Y en el art. 308.1 no colmarían las exigencias de la estafa muchos casos de falseamiento de datos y todos aquellos en que la subvención se invierte en la actividad u operación para la que se concedió, pese a haberse eludido con engaño algunos de los requisitos que reglaban esa concesión.

En estos fraudes de prestaciones como las subvenciones el delito de estafa ha de apoyarse en un concepto funcional de patrimonio, hoy admitido, en cuyo seno la teoría de la frustración del fin proporciona el criterio para determinar el daño patrimonial. Habrá por eso estafa cuando el beneficiario, aun cumpliendo todos los requisitos establecidos ex ante para acceder a la subvención actúa con el plan preconcebido de omitir absolutamente la actividad que se comprometía llevar a cabo. El fraude de subvenciones opera en los casos en que pese a invertir los fondos en la actividad subvencionada (lo que excluye el daño patrimonial de la estafa) se ha engañado al entre público concedente sobre los requisitos establecidos ( art. 308.1 CP ) o cuando el propósito de desviar el importe de la subvención emerge con posterioridad. No sucede exactamente igual con las ayudas ex post en que la prestación patrimonial se somete exclusivamente a la comprobación de determinados requisitos no exigiéndose una aplicación específica (subsidios, premios y primas).

Hay estafa en conclusión cuando el agente lo que ha hecho es utilizar el mecanismo de las ayudas públicas o subvenciones como simple instrumento engañoso para llevar a cabo una defraudación; en que su único propósito era lucrarse con unos fondos que jamás pensó destinar a la actividad subvencionada. Esa desviación de fondos obtenidos a través de una maniobra engañosa, premeditada, que frustra de forma radical el fin de la subvención puede equipararse a la ausencia de contraprestación en las transacciones bilaterales ».

**2 . 3 .-** El contraste entre ambas resoluciones es bien expresivo de las dificultades que ofrece la relación concursal entre los delitos de estafa y fraude de subvenciones, de forma especial, en aquellos casos en los que la cantidad defraudada no supera el tope cuantitativo definido por la condición objetiva de punibilidad que integra el art. 308 del CP .

Sin embargo, el alcance de esas resoluciones no puede entenderse a partir de una interpretación descontextualizada. En efecto, la primera de ellas - STS 514/2002, 29 de mayo -, si bien referida a un supuesto de fraude en las prestaciones de desempleo, es de fecha anterior a la reforma operada por la LO 7/2012, 28 de diciembre. La segunda resolución, aquella que niega, en determinados casos, el carácter de *lex specialis* al art. 308 del CP - STS 1030/2013 -, contemplaba un supuesto de fraude a las subvenciones destinadas a los planes de formación de las empresas y aplicaba el Código Penal previgente a la reforma de 2012.

En el supuesto que ahora centra nuestra atención, la defraudación imputada al recurrente, como expresa el juicio histórico, está ligada a las prestaciones por incapacidad, obtenidas mediante la falsedad de los padecimientos físicos que justificaban la percepción de esas cantidades. Y los hechos se ejecutan hallándose ya vigente el art. 307 ter del CP , introducido por la LO 7/2012, 28 de diciembre. En este precepto se castiga con la pena de seis meses a tres años de prisión 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 ». Y el apartado



2 del mismo artículo dispone que « cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo ».

La sentencia de instancia fija la cuantía defraudada por Rogelio en 21.512 euros. Los hechos, por tanto, son subsumibles en el tipo básico descrito en el apartado 1º del art. 307 ter.

El legislador ha querido resolver *ex lege* los problemas concursales que, con anterioridad a la reforma de 2012, dividieron a la doctrina a la hora de resolver la relación concursal entre los delitos de estafa y fraude de subvenciones, propiciando, como hemos apuntado *supra*, una jurisprudencia no siempre uniforme. Dicho en palabras de la STS 42/2015, 28 de enero, «... en este contexto, el nuevo artículo 307 ter se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto al delito de estafa en las defraudaciones que afecten al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones» .

En definitiva, el fraude a las prestaciones de la Seguridad Social tiene ahora encaje en el art. 307 ter del CP , sin que deban resucitarse los históricos problemas concursales derivados de la existencia de la condición objetiva de punibilidad que fijaba el art. 308 del CP y que suscitaba la duda acerca del tratamiento penal de las defraudaciones que no alcanzaban la cuantía de 120.000 euros.

Se impone, en consecuencia, un análisis comparativo de la respuesta penal asociada por el nuevo precepto ( art. 307 ter) y el finalmente aplicado por la Audiencia ( arts. 248 y 249 del CP ). Todo ello teniendo en cuenta que también han sido considerados los hechos como constitutivos de un delito de falsedad de los arts. 392 y 390 del CP , en concurso medial. Es en el siguiente apartado del este mismo fundamento jurídico cuando, tras resolver la queja sobre la verdadera existencia de una relación concursal con el delito falsario, verificamos la comparación entre los tipos penales aplicados y aplicables.

**2 . 4 .-** Como acabamos de apuntar, cuestión todavía por resolver es la relativa a la relación concursal entre el delito previsto en el art. 307 ter y el delito de falsedad en documento oficial, cometido por particular. La sentencia recurrida considera a Rogelio autor, en concurso medial, del delito previsto en los arts. 392.1 y 390.1 , 3 y 4 del CP .

Las dudas acerca de esa relación concursal están más que justificadas. El art. 307 ter del CP incluye en la acción típica la necesidad de que la obtención o el disfrute de las prestaciones de la Seguridad Social se logre «... 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». El tipo describe, por tanto, una estrategia falsaria que, en algunos casos, no implicará, necesariamente, la comisión de un delito de falsedad en documento oficial. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el solicitante se limita a faltar a la verdad en la narración de los hechos que actúan como presupuestos habilitantes del cobro de la prestación fraudulenta. En tales casos, el desvalor de la conducta sería abarcado en su integridad por el art. 307 ter operando la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP . Tratamiento distinto merecen aquellos otros supuestos en los que la simulación o tergiversación de hechos se ejecuta mediante la afectación del bien jurídico protegido por el delito de falsedad. Y esto es, precisamente, lo que sucede en el presente supuesto. Rogelio no se limitó a *faltar a la verdad* en su esfuerzo por acreditar la existencia de incapacidades laborales por padecimientos físicos que en realidad nunca existieron. Según describe el hecho probado, «... el acusado (...) se dio de alta a sí mismo como único trabajador el 15/12/09 en la Asociación de Constructores La Janda inscrita el 22/05/07 en el Registro de Asociaciones, resultando ser ésta una empresa ficticia, sin actividad alguna y con la única finalidad de aparentar una relación laboral de soporte para dichas prestaciones». El juicio histórico da cuenta, además, de la presentación de distintas solicitudes de reconocimiento de la prestación, acompañadas de partes de baja médica que no se corresponden con la realidad. Son, por tanto, documentos *ad hoc*, estructuralmente falsos, en la medida en que su propia confección exige simular una relación laboral que no existe, prestada a favor de una empresa que no existe, firmada por un representante - Jesús Luis - que tampoco existe, cuya firma, como se precisa en el FJ 3º de la sentencia recurrida, fue garabateada por el propio acusado.

Desde el punto de vista penológico, los delitos previstos en los arts. 248 y 307 ter están castigados en sus respectivos tipos básicos con la misma pena privativa de libertad -de 6 meses a 3 años de prisión-, pero el art. 307 ter añade la imposición de una pena de multa del tanto al séxtuplo de la cantidad defraudada. En consecuencia, la solución adoptada por la Audiencia Provincial al sancionar el concurso medial entre un delito de estafa básica y un delito continuado de falsedad, imponiendo la pena de 1 año y 9 meses de prisión, 7 meses de multa con cuota diaria de 6 euros y arresto sustitutorio de 105 días en caso de impago, es asumida por esta Sala.

**TERCERO .-** El segundo de los motivos, con la misma cobertura del art. 849.1 de la LECrim , denuncia la indebida aplicación del art. 250.1.7 del CP .



La línea argumental de la defensa actúa en una doble dirección.

**3 . 1 .-** De una parte, reivindicando una fórmula de concurso normativo que resuelva la relación entre el delito de estafa procesal del art. 250.1.7 del CP y el delito de fraude de subvenciones del art. 308, de suerte que este último sea considerado ley especial respecto del primero.

No tiene razón el recurrente.

Hemos dicho en numerosos precedentes que el concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. SSTS 35/2012, 1 de febrero ; 971/2011, 21 de septiembre y 254/2011, 29 de marzo , entre otras muchas).

Desde esta perspectiva, es evidente que ni el delito previsto en el art. 308 del CP -finalmente no aplicado por la Audiencia- ni el delito del art. 307 ter, introducido por la reforma 7/2012, 28 de diciembre, pueden abarcar el desvalor de la conducta imputada al acusado. Éste no se limitó a engañar a los órganos administrativos llamados a examinar y conceder las prestaciones basadas en documentos manipulados, sino que, conforme explica el hecho probado, tras la desestimación de una solicitud cursada con fundamento en un accidente de trabajo cuya realidad no se ha constatado, «... *acudió a la jurisdicción social interponiendo demanda que dio lugar a los autos núm. 109/10 del Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada donde se dicta sentencia de 10/4/12 estimando parcialmente la demanda, sentencia que se declara firme por auto de 6/6/12, percibiendo así el acusado la suma de 11.160,38 euros por incapacidad laboral temporal cuando no existió relación laboral por cuenta ajena*».

Tiene declarado esta Sala (cfr. STS 232/2014, 25 de marzo , con cita de la STS 493/2005, de 18 de abril , que la llamada estafa procesal (subtipo de estafa especialmente agravada en el artículo 250.2 del Código Penal , ahora 250.1.7º) se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el titular del órgano jurisdiccional a quien, a través de una maniobra procesal idónea, se le induce a seguir un procedimiento y/o a dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada. El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado). Es más, también la jurisprudencia ha estimado que puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o, en cualquier caso, determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia ( STS 878/2004, 12 de julio ). Sus límites han de ser fijados, además, partiendo de la idea clave de que, en un procedimiento civil, inspirado por el principio de rogación, no toda ocultación de un hecho que, de haber sido puesto en conocimiento del Juez, habría contribuido a la *justicia* de la resolución, puede considerarse típica. De ahí que -decíamos en la STS 853/2008, 9 de diciembre - una versión parcial y, como tal, interesada de los hechos, una omisión de cuestiones fácticas o jurídicas de importancia para el tratamiento jurisdiccional del objeto del proceso o, simplemente, una selección del procedimiento afectada por el particular interés de quien lo promueve, no integran, sin más, la acción típica.

El daño ocasionado por la conducta de Rogelio no fue simplemente un daño patrimonial ocasionado a la tesorería de la Seguridad Social. También se ofendió el normal funcionamiento de la administración de justicia, presentando una demanda ante la jurisdicción social que obtuvo un pronunciamiento favorable, pese a estar basada en documentos íntegramente falsos. Se engañó al órgano Magistrado del Juzgado de lo Social núm. 7 y se consumó un desplazamiento patrimonial a favor del acusado, en perjuicio de la Seguridad Social, por un importe de 11.160,38 euros.

**3 . 2 .-** Se añade a la impugnación formalizada, como argumento tendente a cuestionar la concurrencia del delito de estafa del art. 250.1.7 del CP , la ausencia de engaño, al estimar la defensa que «... *si las falsedades fueron descubiertas ahora, también pudo descubrirlas el juez con unas sencillas diligencias de prueba. Si, por el contrario, entendemos que un juez de la jurisdicción social no tiene por qué intervenir de oficio en ciertos asuntos, entonces el reo engañó a la otra parte y no al juez, por los que no se cumple el tipo del delito*».

La Sala no puede identificarse con esta línea de razonamiento. El carácter bastante del engaño está más que justificado, si se repara en que los documentos sobre los que se construyó la pretensión ante la jurisdicción social eran documentos que reflejaban realidades inexistentes y, por tanto, con capacidad potencial para



engañar al más avezado de los juzgadores, pues su valoración probatoria se construye, entre otros elementos de prueba, a partir de los documentos incorporados a los autos por el demandante.

Se cita también para buscar respaldo a los argumentos sobre los que se sustenta el motivo, la sentencia de esta Sala núm. 878/2004, 12 de julio . Sin embargo, el FJ 3º de esa misma sentencia parece desmentir en su literalidad lo que la defensa del recurrente, en el legítimo ejercicio de su derecho, sostiene en el motivo: «... es más, también la Jurisprudencia ha estimado que puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o en cualquier caso determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia ».

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado en aplicación de los arts. 884.3 y 885.1 de la LECrim .

**CUARTO** .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

## FALLO

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

**1º** .- **Declarar no haber lugar** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Rogelio , contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2017, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz , en la causa seguida por los delitos de estafa, falsedad y fraude de subvenciones.

**2º** .- **Condenar** al recurrente al pago de las costas causadas.

**3º** .- **Comunicar** la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándose acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia