



Roj: **STS 75/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:75**

Id Cendoj: **28079120012021100026**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **1117/2019**

Nº de Resolución: **48/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 48/2021

Fecha de sentencia: 21/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1117/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: TSJ CASTILLA Y LEON. SALA DE LO CIVIL Y PENAL DE BURGOS

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1117/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 48/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de enero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1117/2019, interpuesto por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por **Don Primitivo**, representado por la procuradora doña Carmen Madrid Sanz, bajo la dirección letrada de doña Rocío Fernández Colino contra la sentencia nº 1/2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en fecha 16-01-2019, que a su vez confirmó íntegramente la de fecha 30 de julio de 2018 dictada por la Sección N. 1 de la Audiencia Provincial de Zamora en rollo de apelación 3/2018, que le condenó por el delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial y por el delito continuado de fraude a la Seguridad Social. Es parte el Ministerio Fiscal y, como recurridos, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social (AP), representados por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción número número 2 de Zamora incoó Procedimiento Abreviado número 25/2017 (Diligencias Previas 418/16) por delito de falsedad en documento oficial y disfrute indebido de pensiones, contra D. Primitivo y D^a Nuria y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zamora cuya Sección N. 1 dictó, en el Rollo de Sala nº 3/2018, sentencia en fecha 30 de julio de 2018, con los siguientes **hechos probados**:

«Primero.- D. Primitivo, mayor de edad y sin antecedentes penales, mientras era funcionario público del Instituto Nacional de la Seguridad Social y estaba destinado en la Dirección Provincial de Zamora, como Jefe de Sección de control de Pensiones y, por tanto, utilizando sus claves para la tramitación de las pensiones de la seguridad Social y su ascendencia como jefe de los funcionarios que trabajaban en la Sección, realizó los siguientes hechos:

-El abuelo del acusado, D. Sebastián (DNI NUM000), cuando falleció el 10-8-1993 era beneficiario de una pensión de jubilación. En fecha 4-2-2000, D. Primitivo rehabilitó la pensión de su abuelo con efectos de 1-12-1999. Para la realización de todas estas modificaciones accedía con sus claves en los expedientes y modificaba, introduciendo datos falsos, diferentes circunstancias, como la fecha de nacimiento, el domicilio o la cuenta en la que debía ingresarse la pensión y a la que él tenía acceso.

Como consecuencia de estas actuaciones D. Primitivo estuvo percibiendo personal e indebidamente las prestaciones, cuya cuantía ha sido la de 549.541,21€, hasta que en fecha 18-4-2016 dio lugar la: Baja por fallecimiento, para lo cual utilizó una certificación de defunción de su padre que tenía el mismo nombre y apellidos, en la que llevó a cabo distintas modificaciones, como la fecha del óbito y el no de D.N.I., en cuya fotocopia también llevó a cabo modificaciones. Además, y dado que la entidad Bancaria colaboradora solicitaba la documentación pertinente que acreditara la pervivencia de dicha persona, elaboró una certificación en la que plasmó una firma como si fuera la de su subordinada Da Rosaura.

-El padre del acusado D. Sebastián (DNI NUM001), cuando alcanzó la edad de jubilación era perceptor de prestación (Expediente NUM002). En ese expediente el acusado llevó a cabo diferentes modificaciones con la finalidad de incrementar la cuantía de la prestación, percibiendo el padre del acusado una cantidad que superaba en la de 35.994,43€ la que debía haber percibido. Concretamente, realizó las modificaciones oportunas con la finalidad de que la prestación abonada fuera la correspondiente a una invalidez absoluta y posteriormente, una gran invalidez, sin que concurrieran los requisitos exigidos para ello.

Segundo.- D. Primitivo, conoció a Nuria, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el Bar en el que esta trabajaba y donde él acudía habitualmente, iniciando con ella una cierta relación de amistad, hasta el punto de que comentándole ella que tenía problemas económicos, él se ofreció a ayudarla.

Para ello procedió a rehabilitar una pensión de viudedad (NUM005) que había sido dada de baja por fallecimiento de su beneficiaria a la que sustituyó por Nuria, que a partir de ese momento comenzó a percibir una pensión de viudedad. Del mismo modo procedió a rehabilitar una pensión de orfandad en beneficio del hijo de Nuria (Adrian) percibiéndose indebidamente las pensiones por parte de aquella. El importe total percibido fue de 13.263€ y 5.147,40€. respectivamente.

La primera se domicilió en una cuenta de Banco de Sabadell (NUM003) y la segunda en una de la Caja Rural de Zamora (NUM004), en ambas cuentas era titular Nuria y autorizado Primitivo.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Debemos condenar y condenamos a D. Primitivo :



Como autor de un delito continuado de estafa de los artículos 248 y 250.1. 5 a del Código Penal, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial de los artículos 390 y 392 'del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5 años de prisión y once meses de multa, con una cuota diaria de seis euros y que indemnice al Instituto Nacional de la Seguridad Social en la cantidad de 549.591,21€.

Como autor de un delito Continuo de fraude a la Seguridad Social del artículo 307, ter del Código Penal la pena de dos años y tres meses de prisión y cinco años de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Debemos condenar y condenamos a D a Nuria , como autora de un delito continuado de fraude a la Seguridad Social del artículo 307, ter del Código Penal la pena de un año y diez meses de prisión y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social el plazo de cuatro años y seis meses.

Estas penas impuestas a ambos, acusados, llevarán «consigo, las de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, de conformidad con lo establecido en el artículo 56,1. 2 0 del Código Penal.

D. Primitivo y D^a Nuria deberán indemnizar solidariamente al Instituto Nacional de la Seguridad Social la cantidad de 19.259,77€.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Primitivo , dictándose sentencia nº 1/2019 por la Sala civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León en fecha 16/01/2019, en el Rollo de Apelación 45/2018, cuyo fallo es el siguiente:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DON Primitivo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zamora, en fecha 30 de Julio de 2.018, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con expresa imposición de costas al apelante.»

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el acusado D. Primitivo , 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.

QUINTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Fundado en el número 1 del artículo 849 LECrim. por indebida aplicación de los artículos 248, 250,1, 5ª, 390, 392 y art. 74 del Código Penal y art. 77 del Código Penal (anterior reforma de 2015).

Segundo.- Fundado en el número 1 del artículo 849 LECrim. por indebida aplicación del art. 307, ter del Código Penal.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso, el Ministerio fiscal y la acusación particular solicitan la inadmisión de todos los motivos, y subsidiariamente su desestimación; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 20 de enero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Objeto del recurso

1.1 El recurrente, Sr. Primitivo , fue condenado por la Audiencia Provincial de Zamora como autor de un delito continuado de estafa agravada de los artículo 248, 249 y 250.1.5º, todos ellos, CP, en concurso medial, con el delito también continuado de falsedad en documento oficial de los artículos 390 y 392, ambos, CP, a las penas de cinco años de prisión y multa de once meses con cuota diaria de seis euros y como autor de un delito continuado fraude en la obtención de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 397. ter.1. CP a la pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial durante cinco años para percibir subvenciones o gozar de incentivos o beneficios fiscales o de la Seguridad Social. Sentencia que fue confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia.

1.2. El recurso se funda en dos motivos, ambos por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º LECrim.



El primero, denuncia indebida aplicación de las reglas de determinación de la pena derivada de la medialidad y la continuidad denunciado, aun sin nominarlo, infracción del principio de prohibición del bis in ídem. El segundo, combate la aplicación del delito de fraude a la Seguridad Social del artículo 307 ter.1. CP pues considera que los hechos deberían considerarse integrados en el delito continuado de estafa al que también ha sido condenado.

Sin perjuicio de la necesidad de examinar todos los gravámenes que sustentan el recurso debemos para ello invertir el orden propuesto por la parte en la presentación de los motivos. Precisamente, para permitir una respuesta casacional más coherente y sistemática. El juicio de tipicidad es un presupuesto del juicio de punibilidad por lo que las cuestiones casacionales que afecten al primero deben recibir un tratamiento prioritario. Solo despejados los problemas alrededor de la norma penal aplicable podrán abordarse los que afectan a las normas de determinación de la pena imponible.

Primer motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim : indebida exclusión de la conexión por continuidad con relación a un primer delito de dos hechos justiciables subsiguientes

2.1. Mediante un discurso argumental particularmente sincrético, el recurrente considera que los dos hechos justiciables que integran el delito de fraude a la Seguridad Social por el que también ha sido condenado deberían integrarse en términos normativos en la continuidad delictiva apreciada con relación a las otras dos acciones por las que resultó condenado como autor de un delito continuado de estafa agravada.

Insiste en que se dan todos los elementos objetivos y subjetivos que justifican la conexión por continuidad, careciendo de todo sentido la punición por separado. Todos los hechos que se declaran **probados** respondieron, se afirma, " *a un mismo plan de actuación, una conducta delictiva continuada en el tiempo, mismo modus operandi, animus, sujeto pasivo, perjudicado (sic)*".

2.2. El motivo, impugnado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, introduce una compleja red de cuestiones. Alguna relacionada con las propias condiciones que delimitan el control normativo que le incumbe a este tribunal de casación pues no cabe ocultar que lo pretendido por el recurrente, de estimarse, reclamaría una profunda modificación de los términos del título de condena contenido en la sala de instancia. La cuestión no puede limitarse a determinar si los dos subhechos justiciables que integran el delito continuado de fraude a la Seguridad Social deberían incorporarse a la conexión por continuidad del delito de estafa agravada, que también ha sido objeto de condena. La pretensión nos obliga a abordar, también, si, reconocida la razón de conexión, puede este título -la estafa agravada- seguir actuando, como pretende el recurrente, como presupuesto de tipicidad del complejo fáctico-normativo que pudiera resultar.

2.3. Despejemos, no obstante, como primera cuestión, la relativa a si concurre o no la conexión por continuidad entre todos los subhechos justiciables declarados **probados** que afirma el recurrente y pretende que declaremos.

2.4. La sentencia del tribunal provincial descartó dicha conexión en términos casi apodícticos. De forma textual se afirma en la sentencia, " *aunque el modus operandi de esta persona fuera similar en todas las manipulaciones de los expedientes, los hechos a los que nos referimos se producen en un momento muy posterior al del inicio de los otros dos anteriores y esta es una circunstancia que la jurisprudencia tiene muy en cuenta para determinar la continuidad delictiva y aun el elemento subjetivo siga siendo la defraudación y lucro, las motivaciones concretas y la actuación llevada a cabo, entendemos que no permiten la consideración de continuidad delictiva con el resto de los hechos*".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia si bien en su fundamento primero, párrafo tercero, identifica al gravamen invocado por el apelante, indebida aplicación del artículo 307 ter.1 CP, no aborda su análisis más allá de una genérica convalidación, en el párrafo primero del fundamento segundo, del juicio de tipicidad contenido en la sentencia de instancia.

2.5. Pues bien, ni la razón ofrecida por la Audiencia Provincial ni, desde luego, su validación por el Tribunal Superior presta justificación suficiente a la consecuencia ordenada: la exclusión de una conexión de continuidad de todos los hechos justiciables que se declaran **probados**.

Y ello por una razón esencial: ni la sentencia de instancia ni la apelativa permiten identificar con la suficiente **precisión** qué término temporal se ha tomado en cuenta para excluirla.

En un claro incumplimiento de la **carga** de **precisión** fáctica que impone el artículo 142 LECrim, en la sentencia solo se precisa el momento de producción de la primera de las acciones, la "rehabilitación" (sic) de la pensión del abuelo del recurrente, ocurrida el cuatro de febrero de 2000. Respecto a las tres subsiguientes no contamos con ningún dato preciso sobre cuándo se produjeron. Ni con relación a las acciones manipulativas del sistema informático que provocó la alteración de la base, naturaleza y cuantía de la pensión que recibía el padre del



recurrente, ni con las que provocaron la modificación de los importes de las pensiones de viudedad y de orfandad que recibían, respectivamente, la otra acusada, Sra. Nuria , y su hijo, Sr. Adrian .

La fundamentación jurídica tampoco permite la siempre arriesgada heterointegración fáctica. Las referencias temporales de producción son siempre imprecisas y, en buena medida, confusas. En el fundamento segundo, en el apartado que se denomina "primero de los hechos **probados**", se indica que " *nos encontramos con hechos que se produjeron durante la vigencia del Código Penal anterior a la reforma de 2000 y a las posteriores y con realización de actuaciones, en el caso del expediente del abuelo, hasta mediados de 2016 y, por tanto, con la vigencia del Código Penal una vez entrada en vigor la reforma operada por la L.O 1/2015*". Con relación a los hechos **probados** contenidos en el apartado segundo, los relativos a las modificaciones fraudulentas realizadas por el recurrente del alcance de las prestaciones que percibían la otra acusada y su hijo, la sentencia de instancia solo indica que tales hechos " *se producen en un momento muy posterior al de inicio de los otros anteriores*". Debiendo presumirse, a la luz de la ley aplicada, que debieron acaecer con posterioridad al 17 de febrero de 2013, fecha en la que entra en vigor la reforma del Código Penal operada por la L.O 7/2012.

2.6. Como anticipábamos, ni la sentencia de instancia ni la recurrida arrojan información suficiente que permita excluir con la contundencia con la que se afirma la continuidad delictiva respecto al total de los subhechos justiciables que integran el objeto del proceso.

La fórmula utilizada "el momento muy posterior al inicio de los anteriores" como única razón excluyente resulta, en el caso, altamente insignificativa. Y no solo porque no se cuenta con los datos concretos que nos permitan medir, y controlar, en términos cuantitativos la distancia temporal sino porque, además, y en todo caso, dicha variable cronológica debe ser abordada, para identificar o excluir la continuidad, en clave normativa. Lo que no se hace en la sentencia recurrida.

2.7. Es evidente que la conexión por continuidad introduce una delicada cuestión de alcance dogmático, como es la necesidad de deslindar su espacio operativo. Para lo que resulta necesario distinguir, primero, si los hechos integran una sola unidad típica de acción o una pluralidad de acciones. Y, segundo, si dada, en su caso, dicha pluralidad de acciones naturales cabe, no obstante, identificar una unidad jurídica de acción o acciones jurídicamente independientes -vid. sobre la distinción entre supuestos de unidad natural de acción y unidad jurídica de acción, STS 486/2012, de 4 de junio, " *Lo que sucede es que en el primer caso los hechos albergan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una perspectiva normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. En cambio, en los casos en que no se da esa estrecha vinculación espacio-temporal propia de las conductas que se ejecutan en un solo momento u ocasión, sino que se aprecia cierto distanciamiento espacial y temporal, no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado*". De modo que cuando los diferentes actos naturales no presentan la inmediatez y proximidad propias de la unidad natural de acción subsumible en un solo tipo penal, pero tampoco alcanzan la autonomía fáctica propia del concurso de delitos, ha de acudir a la figura intermedia del delito continuado. En el mismo sentido, STS 171/2020, de 19 de mayo-

2.8. Tanto para una como para otra operación, además de tomar en cuenta elementos como el dolo, la homogeneidad objetiva de las acciones, de los bienes jurídicos afectados y de los tipos infringidos, a los que posteriormente nos referiremos, el dato temporal de producción resulta muy relevante.

En efecto, la distancia temporal entre las distintas acciones ha de ser la suficiente para no poder apreciar unidad natural de acción, pero tampoco debe ser demasiado grande hasta el punto que suponga una ruptura de los elementos valorativos que justifican el tratamiento jurídicamente unitario. Lo que se traduce en una inevitable indeterminación de partida que obligará a analizar la conexión temporal significativa en atención a parámetros de racionalidad en el caso concreto.

Lo decisivo será constatar que persiste temporalmente la misma situación motivacional que determina las distintas decisiones de acción, lo que resulta compatible con un transcurso considerable del tiempo entre las plurales acciones. Como se afirma en la STS 654/2020, de 2 de diciembre, si bien para la continuidad se requiere una cierta conexión temporal " *para su determinación no pueden establecerse estándares fijos, si bien quedarán excluidos aquellos casos en que un lapso temporal excesivamente dilatado pueda romper la perspectiva unitaria*".

Aquí radica la clave normativa: que el paso del tiempo impida identificar el propio fundamento material de la unidad jurídica de las distintas acciones que da sentido a la conexión por continuidad. Esto es, la necesidad de aprehender correctamente el injusto total de las diversas acciones y, con ello, la propia culpabilidad del autor, evitando consecuencias penológicas desmedidas que vendrían de la mano de la aplicación de fórmulas de concurso real.



2.9. Lo anterior conecta con otra cuestión decisiva que afecta al plano de la interpretación de los presupuestos. Los hechos en conexión de continuidad se sustraen por mandato legal a la disciplina del concurso real incorporando un régimen de punibilidad por lo general más beneficioso que el que pudiera derivarse de la simple conexión real.

Esta relación latente de alternatividad entre una y otra forma de conexión en caso de pluralidad de acciones naturales a la luz de las distintas, en términos de gravedad, consecuencias punitivas que pueden derivarse obliga, por un lado, a aplicar estándares de deferencia interpretativa de los presupuestos de continuidad y, por otro, a resolver, en caso de duda, a favor de la fórmula concursal más beneficiosa para la persona acusada.

2.10. Partiendo de lo anterior, y con relación al caso que nos ocupa, cabe identificar los presupuestos de la conexión por continuidad decantados por la doctrina de esta sala -vid. SSTS 218/2018, de 9 de mayo, 267/2020, de 23 de enero- de los cuatro subhechos justiciables que integran el objeto del proceso y que aparecen descritos en el apartado de hechos **probados** de la sentencia de instancia, validados por la sentencia recurrida.

Apreciamos con claridad los elementos de conexión subjetiva, de homogeneidad de acción, de medios comisivos, de bien jurídico afectado, de identidad material de precepto infringido, de unidad de injusto personal y un efecto *abrazadera* por el *aprovechamiento de una idéntica ocasión*. Que, en el caso, viene marcado decisivamente por la capacidad situacional del recurrente para alterar los datos de los expedientes de prestaciones de las que eran acreedoras las diferentes personas beneficiadas por las acciones fraudulentas. Debiéndose recordar, como precisa esta Sala -vid. STS 654/2020, de 2 de diciembre- que en este segundo supuesto " *no se requiere que la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación semejante a la anterior que aprovecha al agente en su repetición delictiva*".

2.11. Por otro lado, y como apuntábamos, la sentencia recurrida no nos ofrece datos suficientes para apreciar ruptura temporal significativa entre las cuatro acciones que integran el objeto normativo. Ruptura que, en estas condiciones de imprecisión, además, no podemos presumir pues resultaría una interpretación del régimen de la conexión por continuidad en perjuicio de la persona acusada.

A ello hemos de sumar un elemento fáctico-normativo singularizante: tanto la acción cometida en 2000 como las posteriores generaron un resultado secuencial y fraccionado que prolongó la fase consumativa hasta 2016. Lo que patentiza la persistencia en el tiempo de una misma situación motivacional.

2.12. Llegados a este punto, la cuestión ya avanzada que surge es la de cómo calificar normativamente esta conexión por continuidad. Y ello porque no resulta posible, en modo alguno, utilizar como título el pretendido por el recurrente -estafa agravada de los artículos 248, 249 y 250.1. 5º, todos ellos, CP- y sobre el que basó el tribunal de instancia la condena por dos de las acciones típicas declaradas probadas.

Sin perjuicio de la necesidad de estar al momento consumativo en los delitos de resultado para determinar la ley aplicable en el tiempo, lo que no ofrece dudas es que la conexión por continuidad, al producir una unidad jurídica-material, obliga a aplicar la norma vigente al momento de producción de la última acción que la integra, aunque incorpore consecuencias más gravosas -vid. artículo 132.1 CP-. Extender la vigencia de la ley derogada más favorable a acciones cometidas con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley penal supone dejar de aplicar una ley a un hecho cometido durante su vigencia, lo que no resulta aceptable.

De tal modo, partiendo del *continuum* de resultados defraudatorios que se prolongaron hasta 2016 y que dos de las acciones se produjeron, en los imprecisos términos contenidos en la sentencia de instancia, después de la entrada en vigor de la L.O 7/2012 resulta conclusión necesaria afirmar que el título de la conexión por continuidad no puede ser el vigente al tiempo de comisión de la primera acción sino el vigente al cometerse la última infracción.

Por tanto, el precepto penal infringido que presta sustento típico - *tipo abrazadera*- a la continuidad es el delito agravado de defraudación de prestaciones de Seguridad Social del artículo 307 ter 1. y 2. CP.

Precepto del que cabe trazar una clara homogeneidad de injusto típico con el delito de estafa del artículo 248 CP que cubría, antes de la reforma 2012, la tipicidad de dicha modalidad de defraudaciones públicas -vid. al respecto, SSTS 1030/2013 de 28 de diciembre y 270/2020, de 23 de enero, en las que se analizan con detalle las consecuencias derivadas de la reforma de 2012 y la introducción del nuevo tipo del artículo 307 ter. CP-.

2.13. Pero, en los términos también anticipados, debemos abordar dos nuevas cuestiones: ¿Mutar en casación el título de condena por un nuevo título no pretendido por la parte que interpone el recurso puede vulnerar el derecho a conocer la acusación? ¿El cambio de título de condena y el reajuste de las consecuencias punitivas comportaría *reformatio in peius*?



Como es bien sabido, el derecho a conocer la acusación comporta, entre otros contenidos, que la persona acusada haya podido defenderse eficazmente de los hechos y de los delitos -hechos punibles- en los que se basa la acusación formulada contra ella -vid. entre muchas STC 87/2001-.

Acusación formalizada que genera, también como garantía específica del derecho, un deber de congruencia del tribunal. De modo tal que la persona acusada no pueda ser condenada por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse. Precisando el Tribunal Constitucional " *que por cosa debe entenderse, en este contexto, tanto un concreto devenir de acontecimientos, un factum, cuanto la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, ya que el debate contradictorio recae, no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica*" -vid. SSTC 170/2002, 40/2004, y 123/2005-.

Por su parte, el principio de prohibición de la *reformatio in peius* constituye una vigorosa garantía institucional del derecho fundamental al recurso contra una sentencia condenatoria consagrado en el artículo 24.2 CE. Y que se traduce en que ningún recurrente puede ver empeorada o agravada su situación jurídica declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso. De modo que la decisión judicial que lo resuelva produzca un efecto contrario al perseguido como es el de anular o suavizar la sanción aplicada en la resolución objeto de impugnación -vid. entre muchas, SSTC 132/2005, 126/2010, 223/2015-.

2.14. Pues bien, consideramos que el ajuste normativo consecuente a la propia estimación del motivo no compromete ninguno de los principios que preactúan como límites de nuestra decisión.

Con relación al acusatorio precisar que la calificación como delito continuado de defraudación de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307.ter CP fue pretendida, con relación a todos los subhechos punibles, por el propio recurrente al elevar a definitivas sus conclusiones defensivas en el juicio celebrado ante la Audiencia. Por tanto, la calificación por la que optamos formó parte del propio objeto procesal sustanciado en la instancia.

Pero, además, no puede dejar de destacarse el propio marco casacional en el que se produce la mutación del título de condena. Para ello resulta imprescindible traer a colación la doctrina constitucional contenida en las sentencias 123 y 183/2005 que abordan de forma nuclear el específico alcance revisor y los perfiles del debate contradictorio en la casación penal. Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, "el sometimiento de la resolución de instancia al cauce revisor de la casación no implica la necesidad de un nuevo debate contradictorio como si de un *novum iudicium* se tratara, toda vez que, cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia y de los razonamientos en que tales pronunciamientos se sostienen. En este sentido no cabe apreciar limitación alguna del derecho a la defensa y a un debate contradictorio, toda vez que, de una parte, es en la primera instancia donde tiene lugar el mismo, y, de otra, el fallo al que finalmente llega el Tribunal Supremo (...) se ha efectuado en el marco del debate tal como ha sido planteado en las pretensiones de la acusación y a partir de los razonamientos esgrimidos por el juzgador a quo".

Ello permite, a su vez, descartar una eventual vulneración del deber de congruencia, en la medida en que la nueva calificación no comporta la introducción de elementos, ni fácticos ni jurídicos, que no hayan sido previamente objeto de debate contradictorio. Debiéndose precisar al respecto, de la mano de la STC 123/2005, que siendo el objeto de la casación la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada y no una pretensión punitiva, ello propicia "que la relación entre las diversas partes intervinientes ante este nuevo objeto de pronunciamiento y, por tanto, la estructura contradictoria sea esencialmente diferente a cuando se enjuicia el ejercicio de una pretensión punitiva".

De lo que se deriva que los límites del pronunciamiento del Tribunal de casación no quedan sometidos por la concreta pretensión normativa del recurrente cuando esta no sea conforme a Derecho. Como afirma el Tribunal Constitucional en la STC 123/2005, " *la posibilidad de proceder a revisar la calificación jurídica se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida en que la misma no ha adquirido firmeza. Ello viene determinado por la configuración legal del recurso de casación; en particular por lo dispuesto en el párrafo primero del art. 902 LECrim, a cuyo tenor: "Si la Sala casa la resolución objeto de recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor*".

2.15. De igual modo, tampoco identificamos riesgo de afectación del principio de prohibición de la *reformatio in peius* aunque en términos abstractos -y a primera lectura-, atendidas las respectivas cláusulas de punibilidad, pueda considerarse más grave el tipo del artículo 307.2 ter CP que el del artículo 250.1. 5º CP, cuya aplicación pretende el recurrente.



En los términos fijados por el Tribunal Constitucional en las sentencias ya mencionadas 123 y 183/2005, el único límite que el artículo 902 LECrim establece a la facultad de revisión de la calificación jurídica de los hechos en el recurso de casación es el de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada. Es decir, el límite determinado por el principio de prohibición de reforma peyorativa. Como también se precisa en la STC 123/2005, *"los términos de comparación para ponderar si la reforma ha sido peyorativa han de ser, en el caso, las respectivas condenas: es decir, si la recaída en segunda instancia empeora la situación que establece el fallo condenatorio de la dictada por el juzgador a quo, y no la relación existente entre la pretensión absolutoria del actor recurrente y el sentido del fallo condenatorio derivado del recurso."*

Riesgo de ultrapunición que, como veremos a continuación, queda descartado.

2.16. Lo anterior nos conduce al segundo de los motivos, primero en el orden propuesto por la parte, por el que se cuestiona el juicio de punibilidad con relación a la pena impuesta por el delito continuado de estafa, objeto de condena en la instancia. Los términos en los que se formula no son muy claros. En esencia, cuestiona que se haya utilizado doblemente el factor temporal. Primero, para computar el total del perjuicio causado como fundamento de la agravación típica por la cuantía defraudada y, segundo, como factor de individualización de la pena puntual impuesta.

2.17. No tiene razón el recurrente. El juicio de individualización de la pena impuesta por el delito de estafa agravada continuado en concurso medial con un delito también continuado de falsedad en documento oficial, contenido en la sentencia de instancia y validado por el tribunal de apelación, se fundó en presupuestos claramente concurrentes de especial desvalor de acción -los dieciséis años durante los que se prolongó el fraude, la condición de funcionario público del autor- y de resultado -el importe defraudado por más de 549.000 euros-. E incluso, en términos normativos, cabe calificarlo de benigno pues, pese a lo que se determinó en la sentencia de instancia, el resultado defraudatorio de la primera acción -la que recayó sobre la pensión que en su día recibía el abuelo del recurrente- el resultado final de esa única acción sí superó por diez veces el límite de los cincuenta mil euros. Lo que hubiera justificado la apreciación del artículo 74. 1º CP en relación al delito continuado que fue objeto de condena y, con ello, las consecuencias punitivas allí contempladas y que fueron pretendidas por la Fiscalía -vid. al respecto, sobre límites mínimo y máximo de la cláusula de punibilidad en los delitos continuados patrimoniales, la reciente STS 715/2020, de 21 de diciembre-.

2.18. En todo caso, la estimación del primer motivo obliga a la reformulación del juicio de punibilidad pues la extensión de la continuidad a las dos acciones defraudatorias que quedaron excluidas y que fueron castigadas como un delito continuado independiente aumenta el contenido de injusto.

Para ello, debemos partir de la existencia de un concurso medial entre un delito continuado de defraudación de prestaciones del artículo 307 ter. 2. CP y un delito continuado de falsedad en documento oficial del artículo 392 en relación con el artículo 390, ambos, CP, lo que de conformidad a la regla de punición del vigente artículo 77. 3º CP nos obliga a individualizar cada una de las penas imponibles.

Así y con relación al delito continuado de defraudación, tomando en cuenta los factores de individualización por los especiales desvalores de acción y de resultado contemplados por el tribunal de instancia, incrementados por la adición de dos acciones con un resultado defraudatorio añadido de 19.259,77 euros, consideramos que la pena concreta a imponer sería la de cinco años y seis meses de prisión, multa del tanto de 568.850,98 euros y cinco años de pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Por su parte y con relación al delito continuado de falsedad, procede fijar la pena cerca del límite mínimo de su mitad superior, lo que se traduce en veintidós meses de prisión.

De tal modo, el marco penológico de la nueva pena privativa de libertad a imponer se conforma entre los cinco años y seis meses como pena mínima y los siete años y cuatro meses de prisión como pena máxima.

2.19. Partiendo de dicho marco y a los efectos de fijación de la pena puntual, la nueva remisión al artículo 66 CP que se contiene en el artículo 77.3 CP, nos obliga a estar a los criterios generales de merecimiento por el total de injusto y de culpabilidad manifestada, siempre que no se hayan tomado en cuenta para determinar cada una de las penas imponibles a los delitos en relación concursal -vid. STS 891/2016 de 25 de noviembre; Circular FGE 4/2015-.

De tal modo, no concurriendo factores de agravación más allá de los que ya justifican situar la pena por el delito más grave cerca de su límite máximo procede, con el incremento previsto en el artículo 77.3 CP -"pena superior a la que hubiera correspondido en el caso concreto por la infracción más grave"-, fijar la pena resultante del concurso medial, en cinco años y siete meses de prisión, multa por importe de 600.000 euros y seis años de pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos



fiscales o de la Seguridad Social. El eventual impago de la multa, tal como previene el artículo 53.3 CP, no comportará responsabilidad personal subsidiaria.

Resultado punitivo, consecuente al reajuste de tipicidad, que, como anticipábamos, resulta, en todo caso, notablemente más benigno que el fijado en la sentencia recurrida.

Cláusula de costas

1.1. Tal como previene el artículo 902 LECrim, las costas de este recurso se declaran de oficio.

FALLO

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

Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por la procuradora Sra. Madrid, en nombre y representación del Sr. Primitivo, contra la sentencia de 16 de enero de 2019 del Tribunal Superior de Castilla y León cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta.

Las costas de este recurso se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1117/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 1117/2019, interpuesto por don Primitivo contra la sentencia núm. 1/2019 de fecha 16 de enero de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos **probados** de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas, al hilo del análisis del motivo por infracción de ley, formulado por la representación del recurrente Sr. Primitivo, procede tipificar los hechos como un solo delito continuado de defraudación de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 Ter.2. CP en concurso ideal con un delito



de falsedad en documento oficial de los artículos 390 y 392, ambos, CP, fijando, como penas puntuales, la de cinco años y siete meses de prisión, multa por importe de 600.000 euros, seis años de pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio mientras dure la condena.

FALLO

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

Condenamos al Sr. Primitivo como autor de un delito continuado de defraudación de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 Ter.2. CP en concurso ideal con un delito de falsedad en documento oficial de los artículos 390 y 392, ambos, CP, a las penas de cinco años y siete meses de prisión, multa de 600.000 euros, seis años de pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio mientras dure la condena. El eventual impago de la multa no comportará responsabilidad personal subsidiaria.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.