

Roj: **STS 8687/2001** - ECLI: **ES:TS:2001:8687**Id Cendoj: **28079120012001103180**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/11/2001**Nº de Recurso: **3782/1999**Nº de Resolución: **2052/2001**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil uno.

En el recurso de casación por INFRACCION DE LEY Y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA que ante Nos pende, interpuesto por Felix , Romeo Y Juan Miguel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 6ª), por delito de COHECHO, la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresa se han constituido para la Vista prevenida por la ley, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, habiendo sido parte recurrida EL MINISTERIO FISCAL y EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD (INSALUD), estando representados los recurrentes respectivamente por los Procuradores Rodríguez Chacón, Albite Espinosa y Rabadán Chaves, y la parte recurrida por el Procurador Zulueta Luchsinger.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, instruyó procedimiento abreviado 4406/97 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha localidad (Sec. 6ª), que con fecha 30 de junio de 1999, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Que durante los años 1993 y 1994 el acusado Felix , mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador único de los DIRECCION000 , domiciliado en Barcelona, al objeto de aumentar las ventas de las especialidades que elaboraba tal Laboratorio, y básicamente de los fármacos conocidos comercialmente como " DIRECCION001 " y " DIRECCION002 ", decidió incentivar a numerosos facultativos para que recetasen los mismos, abonándoles los gastos de estancias en congresos médicos, así como diversas cantidades de dinero por hacer un seguimiento farmacológico de los productos mencionados. Siguiendo tales directrices, el también acusado Romeo , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien era el representante en Madrid de los citados Laboratorios y ostentaba la Jefatura de Area, incentivó, mediante la entrega de diferentes cantidades de dinero, que sumaron un total de 200.000 pts al también acusado Juan Miguel , mayor de edad y carente de antecedentes penales, para que como Médico especialista en DIRECCION003 de la Seguridad Social que pasaba su consulta en el Ambulatorio de la C/ DIRECCION004 nº NUM000 de esta capital, recetara a sus pacientes las citadas especialidades, todo ello con el consentimiento de Felix . Además, Juan Miguel , en concierto con Romeo , procedió a extender numerosas recetas oficiales del Sistema Nacional de la Salud, modelo 3/A para pensionistas, prescribiendo los referidos fármacos, utilizando para ello el nombre de pensionistas que como pacientes suyos guardaba en su archivo, y que se extendieron por éste sin haberlas prescrito realmente en la mayoría de las veces a sus pacientes, o en mayor número de lo que efectivamente se les recetó. El acusado Romeo , por su parte, rellenó parte de tales recetas personalmente con los datos personales de los pacientes y, en al menos una ocasión, llevó algunas de las mencionadas recetas a una farmacia sita en la C/San Bernardo de esta capital para hacerlas efectivas.

Tales recetas, de las que se ha constatado que fueron alteradas al menos 224 de ellas, durante los meses de marzo, abril, mayo y junio de 1993, fueron despachadas en 102 farmacias de Madrid y localidades próximas, sin que conste que los empleados o titulares de las mismas conocieran su origen y sin que se haya acreditado su destino, habiéndose originado un perjuicio a la Seguridad Social de 1.683.201 pesetas.



2.- La audiencia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado Felix , como autor de un delito continuado de cohecho ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica del art. 9, 10 del Código Penal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISION MENOR, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y MULTA DE 300.000 pesetas con un mes de arresto sustitutorio en caso de impago y 1/7 de las costas de este juicio.

Que debemos condenar y condenamos al procesado Romeo , como autor de A) un delito continuado de cohecho ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica del art. 9.10 del Código Penal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISION MENOR, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y MULTA DE 300.000 pesetas, con un mes de arresto sustitutorio en caso de impago y B) de un delito continuado de falsedad en concurso con un delito de estafa, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO MESES DE ARRESTO MAYOR, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio y multa de 100.000 pesetas, con 15 días de arresto sustitutorio en caso de impago, por el delito de falsedad, y CUATRO MESES DE ARRESTO MAYOR con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio por el delito de estafa y 3/7 de las costas de este juicio.

Que debemos condenar y condenamos al procesado Juan Miguel , como autor de A) un delito continuado de cohecho ya definido, a las penas de TRES AÑOS DE PRISION MENOR e inhabilitación especial para cargo público por 7 años y MULTA DE 300.000 pesetas con un mes de arresto sustitutorio en caso de impago y B) de un delito continuado de falsedad en concurso con un delito de estafa, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISION MENOR, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio y MULTA DE 1.000.000 de pesetas con 15 días de arresto sustitutorio en caso de impago por el delito de falsedad y CUATRO MESES DE ARRESTO MAYOR con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio por el delito de estafa y 3/7 de las costas de este juicio.

Se incluyen, en tales costas, las devengadas por la acusación particular ejercitada en la presente causa. Se abona a los condenados todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

3.-Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso recurso de casación por INFRACCION DE LEY Y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA 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.

4.-La representación de Romeo basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º de la L.E.Criminal, al no expresar la sentencia de forma clara y terminante los hechos que se declaran probados.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo establecido en el art. 851.1º de la L.E.Criminal, al resultar manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados y la sentencia.

TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º de la L.E.Criminal, por considerar como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, al aplicar indebidamente los artículos 391 en relación con el 385 ambos del viejo Código Penal.

QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por no aplicación de lo dispuesto en el art. 426 del vigente Código Penal.

SEXTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, respecto de los arts. 14.1 y 3 del Código Penal de 1995 y 6. bis a) del Código Penal ya derogado.

SEPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por no aplicación de los artículos 20.7º, en relación con el art. 21.1º y/o 21.4º y 6º y artículo 66.2º y 4º todos ellos del nuevo Código Penal, en relación con los arts. 8.11º y 12º; 9.1º y/o 9.9º y 10º todos ellos del Código Penal de 1973.

OCTAVO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por no aplicación del art. 24.2º de la Constitución Española, en relación con el art. 5.4º de la L.O.P.J.

NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por aplicación indebida de los arts. 303, 528 y 529 todos ellos del viejo Código Penal.



DECIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la L.E.Criminal, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

DECIMOPRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la L.E.Criminal, por error en la apreciación de la prueba, en relación con lo dispuesto en el art. 24.2 de la Constitución Española.

DECIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por infracción de los artículos 101 y siguientes, entre ellos, especialmente los artículos 103, 106 y 108 del Código Penal ya derogado.

La representación de Felix , basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º primer inciso, al no constar en la sentencia de manera clara y terminante cuáles son los hechos probados; pues en el fallo se tienen en cuenta elementos fácticos no descritos en el resultando de hechos probados, existiendo por ello una evidente falta de claridad en la resolución que aquí se impugna.

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho, calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito continuado de cohecho sin que en los declarados probados consten los requisitos necesarios para acreditar la corrupción insita a todo soborno, elemento de naturaleza fundamental para la tipificación de tal figura delictiva, pues los pagos efectuados lo fueron en remuneración de actividades perfectamente lícitas, como son los trabajos de farmacovigilancia, y por ello con violación del art. 391 del anterior Código Penal, en relación con el art. 386 del mismo texto legal.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por error de hecho, sin que en los declarados hechos probados consten los elementos que constituyen el tipo sancionado por el art. 391 en relación con el art. 386 del antiguo Código Penal y en relación ambos con el art. 69-bis al faltar el elemento fundamental de bilateralidad, y por ello con violación por indebida aplicación de dichos preceptos.

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho, calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito continuado de cohecho, ya que el acto injusto, en contra de lo afirmado por la sentencia, nunca puede ser la recepción de dinero por funcionario, sino la realización por éste, como consecuencia de aquélla, de un acto contrario a justicia, habiendo así errado al aplicar el art.391 en relación con el art. 386 del antiguo Código Penal y por ello con violación, por indebida aplicación, de dichos preceptos.

QUINTO.- Subsidiario de los anteriores, por infracción de ley, con sede en el art. 849.1º de la L.E.Criminal, al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito continuado de cohecho, ya que dicho delito exige la existencia de un autor inmediato, habiendo así errado al aplicar el art. 391 en relación con el art. 386 del antiguo Código Penal y por ello con violación, por indebida aplicación, de dichos preceptos.

SEXTO.- Por infracción de ley, con sede en el art., 849.1º de la L.E.Criminal, al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito continuado de cohecho y condenando por ello en su calidad de autor, ya que para el caso de que los anteriores motivos fueren desestimados habría que admitir que el recurrente nunca pudo ser considerado como autor del referido delito, habiendo así errado el Tribunal sentenciador al aplicar el art. 14 del antiguo Código Penal y por ello con violación por indebida aplicación de dicho precepto, en relación con los arts. 391, 386 y 69 bis, todos ellos del anterior Código Penal.

SEPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, al haberse errado por el Tribunal sentenciador la aplicación del art. 391 en relación con el art. 386 y 69 bis del antiguo Código Penal, y por ello, con violación por indebida aplicación de dichos preceptos.

OCTAVO.- Por infracción de precepto constitucional, con sede en el art. 24 de la Constitución Española, en relación con el art. 849.1º de la L.E.Criminal, al haber violado la sentencia recurrida el principio acusatorio, fundamental en el Estado de Derecho y por ello haber sufrido el recurrente, indefensión, ya que la sentencia recurrida contiene imputaciones diferentes y más gravosas de las sostenidas por las acusaciones, tanto pública como particular.

NOVENO.- Por infracción de ley, en base al art. 849.2º de la L.E.Criminal, al haber errado la Sala en la apreciación de la prueba practicada, basando dicho error en documentos que obran en autos.

DECIMO.- Por infracción de precepto constitucional, con sede en el art. 24 de la Constitución Española, en relación con el art. 849.1º de la L.E.Criminal, al haber violado la sentencia recurrida el principio de



proporcionalidad, y por ello haber sufrido el recurrente indefensión. (Este motivo se aduce como subsidiario a todos los demás motivos de casación por infracción de ley, y sólo para el caso de todos los otros fueren desestimados).

La representación de Juan Miguel, formalizó el recurso de casación basándose en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma, en base al art. 851.1º inciso primero de la L.E.Criminal, al no expresar la sentencia clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, en base al art. 851.1º inciso segundo de la L.E.Criminal, cuando en la sentencia resulte manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados.

TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, en base al art. 851.1º inciso tercero de la L.E.Criminal, por considerar como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal.

QUINTO.- Por infracción de ley, en base al art. 849.1º de la L.E.Criminal, por haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser considerada en aplicación de la ley penal.

SEXTO.- Por infracción de ley, con base en el art. 849.2º de la L.E.Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, impugna los motivos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 10º del recurso interpuesto por Felix e interesa la inadmisión del 2º y 9º impugnándolos subsidiariamente.

Impugna los motivos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del recurso de Juan Miguel e interesa la inadmisión del 6º, impugnándolo subsidiariamente.

Impugna los motivos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11º y 12º del recurso de Romeo, interesando la inadmisión de los motivos 4º y 10º, impugnándolos subsidiariamente.

Igualmente queda instruida la parte recurrida (INSALUD), en donde por escrito de fecha 24 de enero de 2000, solicita la inadmisión o subsidiariamente la desestimación de los recursos interpuestos, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

La Sala admite a trámite dicho recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno corresponda.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la vista prevenida el día 25 de octubre del presente año.

En primer lugar se hace constar que el Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, sustituye al Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos, no habiendo alegación al respecto por parte de los asistentes.

D. Juan José Palafón en defensa de D. Felix, la letrada Gemma Gutierrez De La Rosa, en defensa del Sr. Juan Miguel y el letrado D. Antonio Gonzalez Quinzol en defensa de D. Romeo, se pidió la estimación de sus recursos y la casación de la sentencia, solicitando subsidiariamente el indulto dada la antigüedad de los hechos.

Por parte del letrado de la parte recurrida D. Javier Motores López, en defensa del INSALUD se ratificó en su escrito y pidió la confirmación de la sentencia recurrida.

Por parte del Ministerio Fiscal se impugnaron todos los recursos y pidió la confirmación de la sentencia.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada condena al recurrente Felix, como autor de un delito continuado de cohecho del art 391 del anterior Código Penal, en relación con el art 386 del mismo texto legal, con la concurrencia de la atenuante analógica del art 9 10º, a la pena de dos años de prisión menor y multa de 300.000 ptas.

Asimismo condena a Romeo, como autor de un delito de cohecho del art 391 del anterior Código Penal, en relación con el art 385 del mismo texto legal, con la misma atenuante analógica, a las mismas penas; como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial del art 303 y 318 del anterior Código Penal en concurso medial con un delito de estafa del art 528 del mismo texto legal, sancionados separadamente por estimarse más beneficioso para el reo, a las penas de cuatro meses de arresto mayor y multa de un millón de ptas por la falsedad y a la de cuatro meses de arresto mayor por la estafa.



Por último condena a Juan Miguel , como autor de un delito de cohecho del art 385 del anterior Código Penal, a las penas de tres años de prisión menor, inhabilitación especial para cargo público por siete años y multa de 300.000 ptas. Como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial del art 302 2º y 318 del anterior Código Penal en concurso medial con un delito de estafa del art 528 del mismo texto legal, sancionados separadamente por estimarse más beneficioso para el reo, a las penas de un año de prisión menor y multa de un millón de ptas. por la falsedad y cuatro meses de arresto mayor por la estafa.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación legal de D. Felix , por quebrantamiento de forma al amparo del art 851 1º de la Lecrim, denuncia falta de claridad en la redacción de los hechos probados. Se argumenta dicha falta de claridad contrastando el relato fáctico con la fundamentación jurídica, para concluir que en el relato fáctico aparentemente se imputa al condenado el soborno de una pluralidad de médicos, pero en la fundamentación está claro que solamente se le condena por el cohecho cometido en relación con el Dr. Juan Miguel , pese a lo cual la condena se realiza por delito continuado.

Conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial la falta de claridad se produce cuando en el relato fáctico o en los elementos fácticos comprendidos en los fundamentos jurídicos se provoca incompreensión, por la ininteligibilidad de las expresiones utilizadas o por la omisión de datos fundamentales para la construcción jurídica elaborada posteriormente sobre el sustrato fáctico ( Sentencias, entre otras, de 11 de marzo de 1997 y 11 de diciembre de 2000, núm. 1894/2000).

En el caso actual no concurren dichos requisitos pues el relato fáctico es suficientemente claro y permite fundamentar en él la subsunción jurídica. Es evidente, como se expresa claramente en la fundamentación jurídica de la sentencia, que el cohecho activo continuado objeto de condena viene definido fácticamente por la pluralidad de entregas dinerarias efectuadas al Dr. Juan Miguel , que es a quien se condena por cohecho pasivo, mientras que la referencia genérica al método de "incentivos" utilizado por el recurrente en otros casos no especificados, se limita a situar dentro de su contexto la acción delictiva enjuiciada, pero no fundamenta ninguna condena.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, denuncia la supuesta vulneración del art 391 del anterior Código Penal, por estimar que en los hechos probados no constan los requisitos necesarios para acreditar la corrupción ínsita a todo soborno, pues los pagos efectuados al facultativo lo fueron como remuneración de actividades de farmacovigilancia. Considera el recurrente que "incentivar" a los médicos para que receten los medicamentos de un determinado laboratorio, y no otros, constituye un acto lícito pues la función de cualquier empresario es fomentar las ventas de sus productos. Estima que no consta en el relato fáctico que las labores de "farmacovigilancia" que justificaban los pagos fuesen simuladas.

El motivo carece de fundamento. En primer lugar, "incentivar" (en realidad sobornar) a los médicos para que receten prioritariamente unos determinados medicamentos distribuidos por un concreto laboratorio, que es la conducta que se declara probada en el relato fáctico, no constituye una actividad lícita de promoción comercial, pues se encuentra expresamente prohibida por la Ley del Medicamento. Esta prohibición es perfectamente conocida por todos los profesionales del gremio y concretamente por los ejecutivos de los laboratorios farmacéuticos, posición que ocupaba el recurrente.

El artículo 7. 2º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, dispone que queda expresamente prohibido el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia.

La introducción de un incentivo económico por la prescripción de unos medicamentos determinados, distorsiona la función de la prescripción que debe estar esencialmente orientada por el interés del paciente y no por el del médico. Con estas prácticas ilegales se perjudica seriamente la salud de los pacientes, pues el abuso de medicamentos, cuyo empleo racional es beneficioso, puede originar problemas de salud graves. Se perjudica también la economía de los enfermos, pues, en igualdad de condiciones, el médico puede optar por la prescripción que personalmente le resulte más beneficiosa en función del "incentivo" económico que va a percibir, aun cuando sea innecesariamente más costosa. Se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando este sufra el coste de los medicamentos, pues se fomenta la prescripción por factores ajenos a las necesidades clínicas. Y se perjudica, por último, la libre competencia y la transparencia del mercado, al emplearse métodos ilegales de comercialización, en detrimento de la calidad y el precio.

En consecuencia el ofrecimiento directo e indirecto de incentivos, por parte del recurrente como administrador único de un laboratorio farmacéutico, y por tanto con interés directo en la producción, fabricación y



comercialización de medicamentos, a un médico encargado de su prescripción, constituye una conducta legalmente prohibida. Conducta que cuando se realiza en relación con profesionales privados da lugar a la infracción administrativa expresamente prevista en el art 108 16 de la Ley del Medicamento. Pero cuando las dádivas o presentes se ofrecen o entregan a quienes en sentido jurídico-penal son funcionarios públicos, es decir a profesionales sanitarios integrados en el Servicio Nacional de Salud, constituyen un delito de cohecho, pues en este caso se vulneran adicionalmente los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas.

La alegación de que los pagos efectuados al facultativo lo fueron supuestamente como "remuneración de actividades de farmacovigilancia", no altera lo expresado, pues en el relato fáctico consta que estas cantidades se abonaban como incentivo "al objeto de aumentar las ventas de las especialidades que elaboraba tal Laboratorio", es decir que constituían incentivos "indirectos", expresamente prohibidos. A esos efectos resulta irrelevante que se llegase o no a confeccionar algún supuesto trabajo de farmacovigilancia, pues lo que se expresa claramente en el relato fáctico, y se razona extensamente en la fundamentación jurídica, es que estas supuestas actividades no eran más que mera cobertura del pago destinado a incrementar la dispensación de los medicamentos del laboratorio.

Ha de recordarse que la Sala sentenciadora razona en su fundamentación que el propio pagador de las dádivas reconoció expresamente que la cobertura de los supuestos estudios de farmacovigilancia era simplemente una forma más "elegante" de pagar a los médicos, es decir que constituía un método fraudulento para intentar eludir la expresa y contundente prohibición legal. Asimismo los dictámenes periciales acreditaron que dichos estudios o no se confeccionaban o bien eran pura apariencia, por lo que constituían "actividades encubiertas de inducción a la prescripción o incentivos prohibidos a los prescriptores", conclusión del dictamen pericial que la Sala asume como propia y que le sirve para fundamentar su convicción.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

CUARTO.- El tercer motivo de recurso, también por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, denuncia nuevamente como infringido el art 391 del Código Penal anterior en relación con los artículos 386 y 69 bis del mismo texto legal. Alega el recurrente que no cabe aplicar el delito continuado porque falta el elemento esencial de la bilateralidad. Estima la parte recurrente que al no haber sido condenados todos los médicos supuestamente cohechados por el recurrente no puede ser éste condenado por delito continuado.

El motivo debe ser necesariamente desestimado, sin entrar en mayores consideraciones, pues parte de una premisa equivocada. Como ya se ha expresado la condena por delito continuado se justifica por la realización de diversos pagos en momentos sucesivos a un mismo médico, por lo que resulta totalmente irrelevante que no se haya condenado a otros profesionales de la medicina que pudieran haber recibido otros incentivos.

Cabe señalar adicionalmente, que cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera "solicitud" u "ofrecimiento" de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal ( art. 385 y concordantes del Código Penal de 1973 y art. 419 y concordantes del Código Penal de 1995) y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial ( Sentencia de 18 de enero de 1993 y 8 de mayo de 2001, entre otras ), sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento.

QUINTO.- El cuarto motivo de recurso, también por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, denuncia nuevamente como infringido el art 391 del Código Penal anterior en relación con el 386 del mismo texto legal. En esta ocasión el fundamento de la impugnación consiste en afirmar que las dádivas no estaban destinadas a la realización de ningún "acto injusto", pues no es injusto el recetar medicamentos, y no puede serlo tampoco el hecho de percibir dádivas por ello, ya que esta percepción económica integra el cohecho pero no determina por si misma la injusticia del acto que retribuye.

La "injusticia" del acto en el art. 386 del Código Penal de 1973 y en el art 420 del Código Penal de 1995, consiste en una contradicción material y relevante con el Ordenamiento jurídico y no en una mera ilegalidad formal o administrativa, (Ver p.ej. STS 1493/99, de 21 de diciembre, STS 1952/2000, de 19 de diciembre o STS núm. 20/2001 de 28 de marzo de 2001 ).

Para calificar el carácter justo o injusto de decisiones públicas de elección entre varias posibilidades alternativas, como sucede cuando se opta por la prescripción de los medicamentos de un laboratorio o de otro con características similares, ha de tenerse en cuenta que la opción final cuenta con componentes de discrecionalidad difícilmente controlables, por lo que el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre



la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública sino influida y predeterminada por el aliciente económico, determina la injusticia del acto, ( ver STS núm. 20/2001 de 28 de marzo de 2001 ).

No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de constatar el hecho de que la prescripción de medicamentos de un laboratorio concreto bajo la influencia de la percepción previa o prometida de incentivos económicos que pretenden precisamente incrementar ilegalmente el número de dichas prescripciones, constituye un comportamiento manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico, ( art 7º de la Ley del Medicamento). Y no se diga que es necesario demostrar que se prescribieron medicamentos innecesarios o prescindiendo de otros más específicos o con incremento arbitrario del gasto, pues lo relevante es que la dádiva estaba específicamente dirigida a obtener dicho comportamiento injusto (incrementar las prescripciones por encima del número de las que se hubiesen producido sin ella) y está acreditado que estas prescripciones se efectuaron, como pretendía el recurrente, por lo que el hecho de que las prescripciones se realizasen bajo la corruptora influencia de la dádiva las convierte en injustas.

Ha de recordarse que, como ya se ha expuesto razonadamente en el fundamento jurídico segundo, la introducción de un incentivo económico por la prescripción de los medicamentos de un determinado laboratorio distorsiona la función propia de la prescripción facultativa, y con ello: a) se pone en peligro la salud de los pacientes, b) se perjudica económicamente a los enfermos como consumidores y c) se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando este sufraga el coste de los medicamentos.

No hay que olvidar que las recetas oficiales de la Seguridad Social no solamente cumplen una función estrictamente terapéutica sino que también constituyen el soporte probatorio de un desplazamiento patrimonial: el que fundado en la fuerza probatoria del documento efectuará la Seguridad Social para sufragar el coste farmacéutico de la atención de un enfermo. Es claro que la dádiva va destinada precisamente a que las prescripciones o recetas se elaboren en función de criterios no estrictamente clínicos. Y es claro que prescribir o recetar en estas condiciones constituye un acto contrario al ordenamiento, intrínsecamente injusto. El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

SEXTO.- El quinto motivo de recurso, nuevamente por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, denuncia otra vez como infringido el art 391 del Código Penal anterior en relación con el 386 del mismo texto legal. En esta ocasión el fundamento de la impugnación consiste en afirmar que este delito exige la existencia de un autor inmediato y el recurrente no lo fue. Se alega que quien entregó las dádivas fue el otro condenado, visitador médico del laboratorio, por lo que el mero conocimiento o consentimiento del recurrente no es suficiente para calificarlo como autor.

El motivo debe ser desestimado. En efecto, como ya ha declarado esta Sala ( sentencia de 30 de junio de 1982, entre otras) en la figura delictiva tipificada en el art 391 del Código Penal anterior nada impide que la corrupción o entrega de la dádiva se lleve a cabo a través de un intermediario y no personalmente. En el caso actual ambos deben ser considerados autores, pues realizaron conjuntamente el hecho: en el relato fáctico y en la fundamentación que lo complementa, consta que el recurrente daba las instrucciones y proporcionaba los fondos para los incentivos, mientras que su empleado, siguiendo dichas instrucciones, materializaba la entrega de las dádivas. Cabe estimar, por tanto, que el recurrente tenía el dominio del acto, como es propio del autor, pues su dependiente se limitó, en esta primera fase de su comportamiento, a seguir las órdenes o instrucciones del recurrente. En cualquier caso debe recordarse que nuestro ordenamiento también considera como autores a quienes inducen directamente a otros a realizar un acto ( art 28 a) del CP 95) , por lo que una u otra calificación, coautor o inductor, conllevan la misma sanción.

SEPTIMO.- El sexto motivo reitera esta misma infracción, alegando que del relato fáctico no se deduce la autoría del recurrente, pues en él únicamente consta que el recurrente "consintió" la actuación del autor material o directo, Sr. Romeo , consentimiento que es insuficiente para fundamentar la coautoría.

Este motivo debe ser desestimado, en primer lugar, por no respetar el relato fáctico. En efecto en la sentencia impugnada se declara acreditado mucho más que el mero consentimiento del recurrente respecto de la actuación de su dependiente. Consta asimismo en el relato fáctico que fue el recurrente quien adoptó la decisión de incentivar o sobornar a los facultativos, y que su empleado el Sr. Romeo entregó las dádivas al Dr. Juan Miguel , no solo "con el consentimiento de Felix " sino también "siguiendo tales directrices", es decir las órdenes o instrucciones del recurrente.

Es claro que si el Sr. Romeo se limitaba a ejecutar las órdenes de un plan previamente diseñado "desde arriba" por el propio recurrente como directivo de la empresa, y la ejecución material del plan se realizó con el conocimiento y consentimiento expreso del recurrente, la imputación de responsabilidad al mismo es plenamente correcta. Debe recordarse que en el modelo tradicional seguido por el ordenamiento español para determinar la responsabilidad de los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, presidido por el



principio "societas delinquere non potest", los responsables penales son necesariamente sujetos individuales, concibiéndose la acción penalmente relevante como un comportamiento humano voluntario y la culpabilidad como un reproche personal por no haber obrado de otro modo. Pues bien en el caso actual el principio de responsabilidad personal fundado en la culpabilidad por el propio comportamiento voluntariamente asumido, abarca necesariamente los actos delictivos materializados por un tercero siguiendo las instrucciones precisas del recurrente y con su expreso conocimiento y consentimiento.

Más problemática sería la exigencia de responsabilidad penal al recurrente por los delitos de falsedad y estafa cometidos por su empleado, que no consta que el recurrente consintiese ni que estuviesen en el ámbito de las instrucciones recibidas, sino que constituyeron una extralimitación. Solo un modelo expansivo de responsabilidad penal del titular de la empresa, fundado en la extensión del deber de garante a los directivos de las empresas respecto de los riesgos generados por sus instrucciones y materializados por sus empleados, podría sustentar esta responsabilidad, con grave afectación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Pero en el caso actual la responsabilidad por estafa y falsedad no se ha extendido al recurrente, limitándose exclusivamente su condena a los comportamientos directamente planeados, conocidos y consentidos por el mismo, por lo que la imputación de responsabilidad es correcta.

OCTAVO.- La doctrina de esta Sala sobre el significado de la expresión "realización conjunta del hecho" acogida en el art. 28 del Código Penal de 1995 ( sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1177/1998, 11 de septiembre de 2000, núm. 1240/2000 y 23 de febrero de 2001, núm. 247/2001, entre otras) señala que esta nueva definición de la coautoría implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito debe colaborar con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto.

No es preciso para la condena de ambos acusados como coautores que cada uno ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, es decir la entrega de la dádiva, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores integradas en el proyecto común, que constituyen aportaciones causales decisivas, disponiendo ambos condenados del dominio funcional del hecho.

Entre estas aportaciones que integran la coautoría deben ser incluidos determinados actos anteriores y coetáneos que no son por sí mismos típicos pero que forman parte de la cadena causal y tienen carácter decisivo, como los de quien planea la ejecución del delito y dirige a distancia su comisión. En la sentencia de 14 de diciembre de 1998, núm. 1179/1998, ya se señaló que el "cerebro" de una actuación delictiva, es decir quien planifica, organiza, prepara, dirige a distancia, y gestiona el aprovechamiento del delito es un coautor.

Pues bien, en el caso actual, la actuación del recurrente, planificando el ilegal sistema de sobornos a los facultativos para incrementar sus beneficios y proporcionando las instrucciones y los medios al autor material, que actuó con su conocimiento y consentimiento, para realizar la entrega de las dádivas, constituye manifiestamente un supuesto de autoría conjunta. El motivo, por tanto, debe ser también desestimado en cuanto al fondo

En cualquier caso, si desde otra posición doctrinal se sostuviese el encaje de este comportamiento en la inducción o en la autoría mediata, la responsabilidad del recurrente sería la misma, conforme al art 28 del Código Penal o el 14 del Código Penal de 1973, según su reiterada interpretación jurisprudencial.

NOVENO.- El séptimo motivo de casación, alega también infracción de ley por inexistencia de dolo en la conducta del recurrente. Se fundamenta dicha alegación afirmando que el recurrente siempre actuó en la creencia de que esta actuación de incentivar a los médicos para incrementar las prescripciones de los productos de su laboratorio constituía una actividad comercial lícita de promoción de ventas.

En realidad lo que se está alegando es un error invencible de prohibición sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal ( art 6 bis a) 3º del CP 73 y 14 3º del CP 95).

El motivo carece del menor fundamento, por lo que debe ser desestimado. En efecto, como ya se ha expresado, la ilicitud de la conducta del recurrente se deduce con claridad manifiesta del artículo 7. 2º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, que declara expresamente prohibido el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia.

Esta prohibición es perfectamente conocida por todos los profesionales del gremio y concretamente por los ejecutivos de los laboratorios farmacéuticos, posición que ocupaba el recurrente, pues resulta inconcebible que quien se dedica de modo profesional y ocupando una posición relevante a la comercialización de medicamentos pretenda desconocer la norma legal básica reguladora de su actividad.





En realidad el recurrente conocía perfectamente la prohibición y por ello trató de defraudarla intentando encubrir los pagos. El hecho de que la prohibición legal abarque también los pagos o incentivos indirectos constituye precisamente una prevención para evitar que se burle la Ley. Y el recurrente necesariamente conocía el texto claro y preciso de la disposición que prohibía también estas maniobras integradoras de incentivos "indirectos". No concurre en consecuencia error alguno, por lo que el comportamiento enjuiciado es claramente doloso.

DECIMO- El octavo motivo alega vulneración del principio acusatorio por estimar que la sentencia recurrida contiene imputaciones más gravosas que las sostenidas por la acusación tanto pública como particular.

El contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa, en definitiva, que siempre ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria.

El principio acusatorio constituye un presupuesto básico del enjuiciamiento penal, aún cuando no esté proclamado con tal denominación en el art. 24 de la Constitución, que lo que recoge es únicamente la manifestación de su contenido esencial, consistente en el derecho a ser informado de la acusación formulada. Derecho de información que implica necesariamente la debida congruencia entre la acusación de la que se informa y el fallo que pueda dictarse en definitiva.

Por ello el contenido esencial del principio acusatorio se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte ajena al Órgano Jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación o los introducidos por la defensa. Ello implica que no se puede condenar por unos hechos sustancialmente distintos de los que han sido objeto de acusación, ni por un delito más grave ni por circunstancias agravantes, grados de perfeccionamiento y grados de participación más severos.

Los términos fácticos pueden ser completados o aclarados con elementos accidentales que surjan de la prueba practicada ante el Tribunal o que estime éste conveniente introducir en la redacción del hecho para mayor claridad, sin que constituyan alteraciones esenciales. Los términos jurídicos también pueden ser modificados si se acoge una subsunción técnicamente más correcta o acorde con lo que el Tribunal estime realmente acreditado, siempre que se trate de una infracción de igual o menor entidad y sea homogénea.

En el caso actual el recurrente ha sido condenado por el delito continuado de cohecho objeto de acusación, imponiéndole una pena de dos años de prisión en lugar de los cuatro años solicitados por las acusaciones, por lo que en el plano jurídico la congruencia entre acusación y condena es manifiesta. En el plano fáctico la congruencia también es absoluta, pues la acusación se fundamenta en el pago de incentivos al Dr. Juan Miguel, a través del delegado Sr. Romeo, y el relato fáctico de la sentencia, en los apartados que fundamentan la condena del recurrente, es sustancialmente idéntico al de la acusación. Los cambios de redacción son irrelevantes, pues no puede exigirse que el Tribunal transcriba literalmente el relato de la acusación sino que puede ordenar y relatar el hecho adaptándolo al estilo que estime más procedente, mientras las modificaciones no sean sustanciales.

La única modificación señalada por la parte recurrente se concreta en que las acusaciones se refieren al conocimiento por el recurrente del comportamiento del Sr. Romeo y la Sala habla también de consentimiento. Pero la diferencia es irrelevante, en primer lugar porque el consentimiento se deduce del conjunto del relato efectuado por las acusaciones, dado que por éstas se expresa que el Sr. Romeo era un empleado que seguía las instrucciones del recurrente. Por otra parte en la posición de garante que ocupaba el recurrente respecto del seguimiento de sus instrucciones, el conocimiento equivale a consentimiento pues si conocía la realización de comportamientos delictivos estaba obligado a evitarlos.

DECIMOPRIMERO.- El noveno motivo de casación se articula por error de hecho en la valoración de la prueba.

El error valorativo que autoriza este motivo casacional exige la concurrencia de ciertos requisitos reiteradamente señalados por esta Sala: a) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas; b) Que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. Esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; c) Sin que el dato que el documento acredite se encuentre en contradicción con otros



elementos de prueba. Y ello porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la L.E.Criminal; d) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; 21 de enero y 13 de febrero de 2001, entre otras).

Pues bien en el caso actual no concurren los referidos requisitos. La propia parte recurrente reconoce que formula un motivo de elaboración "técnicamente compleja". Lo cierto es que el recurrente se apoya en la prueba pericial y la documental sobre los pagos a facultativos, pero no para evidenciar que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que los documentos, por su propia condición y contenido, son capaces de acreditar; sino para elaborar sobre ellos complejas argumentaciones que le permiten deducir que los hechos podrían haber ocurrido de manera distinta. Como es conocido este motivo no constituye un cauce para someter a revisión la valoración conjunta de la prueba realizada por el Tribunal sentenciador. Es necesario que la propia fuerza demostrativa directa de los documentos invocados demuestre el error del Tribunal, lo que no sucede en este caso porque el Tribunal se apoya precisamente en una interpretación racional de dichos documentos para obtener sus conclusiones.

DECIMOSEGUNDO.- El décimo motivo de recurso alega vulneración del principio de proporcionalidad. Estima el recurrente que la condena impuesta de dos años de prisión por delito continuado de cohecho es desproporcionada, en comparación con la escasa entidad de la infracción y con la pena de cuatro meses impuesta a los otros condenados por un delito más grave como es la estafa.

El motivo debe ser desestimado pues la pena impuesta es la legalmente procedente, conforme con la gravedad que atribuye el legislador a estas conductas de cohecho atentatorias contra la imparcialidad y objetividad de la Administración pública, y es también moderada, sin que pueda ser calificada en absoluto como desmesurada o arbitraria. No procede efectuar comparaciones con otros delitos enjuiciados, que son sancionados autónomamente, individualizando la pena en los términos que estima procedente el Tribunal "a quo" pero en todo caso dentro del marco punitivo determinado por el Legislador.

Ha de recordarse que la gravedad del comportamiento enjuiciado se deriva de que no solo atenta contra la imparcialidad y objetividad de quienes tienen atribuidas funciones públicas sino que también perjudica el uso racional de los medios limitados destinados a velar por un bien jurídico colectivo tan relevante como la salud, provocando un injustificado abuso e ilícito aprovechamiento privado de estos fondos colectivos. Al mismo tiempo, al distorsionar la función estrictamente clínica de la prescripción facultativa, pone en peligro la salud de los pacientes por el eventual abuso de medicamentos innecesarios. Y, como ya se ha expresado con anterioridad, puede perjudicar económicamente a los enfermos como consumidores, ya que, a sus espaldas, se juega con sus intereses obligándoles, en su caso, a abonar el importe de medicamentos más costosos en función de los intereses crematísticos del médico en quien depositan su confianza.

Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación del recurso interpuesto por la representación del condenado Felix , administrador único de los DIRECCION000 .

DECIMOTERCERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del Doctor D. Juan Miguel se articula por quebrantamiento de forma alegando falta de claridad en los hechos probados. Como ya expresamos con anterioridad este cauce casacional no puede utilizarse para impugnar el relato fáctico sino que se refiere únicamente a supuestos en que el relato sea ininteligible y no permita efectuar la subsunción. En el caso actual la lectura de los hechos probados permite constatar su suficiencia y claridad por lo que el motivo debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- El segundo motivo de recurso, también por quebrantamiento de forma, alega contradicción en el relato fáctico. Esta contradicción, para que sea relevante a efectos casacionales, tiene que ser interna, manifiesta, insubsanable y causal para el fallo. En el caso actual el recurrente no señala contradicciones internas al propio relato fáctico, sino que pretende confrontar los hechos probados y la fundamentación jurídica, por lo que el motivo debe ser desestimado.

DECIMOQUINTO.- El tercer motivo, también por quebrantamiento de forma, alega que se han incluido en el relato fáctico conceptos jurídicos que predeterminan el fallo. Se refiere a la palabra incentivo, que en realidad



es un término del lenguaje usual, no un concepto jurídico predeterminante, por lo que el motivo no puede ser estimado.

DECIMOSEXTO.- El cuarto motivo alega infracción del art 385 del CP 73, e infracción por no aplicación del art 390. Dado que en el hecho probado se relata que como consecuencia de las dádivas el recurrente falseó recetas, es clara la procedente aplicación del art 385 que es el que sanciona los cohechos para ejecutar actos relativos al ejercicio del cargo que constituyan delito.

DECIMOSEPTIMO.- El quinto motivo de recurso invoca el derecho a la presunción de inocencia, alegando que la condena no se fundamenta en prueba de cargo suficiente y discrepando de la valoración de la misma.

La invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia faculta a este Tribunal casacional para constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, pero no para suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de aquellas pruebas apreciadas con inmediación, como son por ejemplo las declaraciones testificales.

En el caso actual es claro que el Tribunal sentenciador dispuso de prueba abundante y válida. En efecto ha podido valorar la declaración del coimputado Romeo, que constituye una prueba de cargo válida según reiterada doctrina jurisprudencial, ratificada por una pluralidad de elementos de corroboración. En esa declaración se precisan los pagos efectuados, que son parcialmente reconocidos por el propio recurrente. Constan también las declaraciones de los pacientes a cuyo nombre se extendieron las recetas falseadas y que confirman que dichas recetas no correspondían a acto médico alguno. Asimismo la declaración del Instructor del expediente que ratifica estos datos. Las pruebas aparecen, además, razonadamente valoradas en la sentencia impugnada, por lo que no cabe apreciar vulneración alguna del derecho fundamental invocado.

DECIMO OCTAVO.- El sexto motivo alega error en la valoración de la prueba apoyándose como documentos acreditativos del error en la documentación referida al pago de incentivos a otros médicos, en la referente a determinadas recetas que no fueron falseadas y en un informe pericial de inspectores farmacéuticos que admite que los requisitos establecidos por la Circular sobre trabajos de farmacovigilancia no son vinculantes.

El motivo no puede ser admitido pues ninguno de dichos documentos acredita por si mismo error alguno del Tribunal sentenciador. No hay ningún pasaje del relato fáctico al que se oponga la documentación referida al pago de incentivos, que es aceptada por el Tribunal. El hecho de que determinadas recetas respondan a actos médicos realmente practicados, no excluye el falseamiento acreditado de otras muchas. El informe pericial no se opone a la conclusión obtenida por el Tribunal, ya que en el caso actual es irrelevante el carácter vinculante o no de los requisitos establecidos en la referida Circular para tratar de dotar de seriedad a los "trabajos de farmacovigilancia". El manifiesto incumplimiento de dichos requisitos en el presente caso no constituye más que uno de los factores tomados en consideración por el Tribunal para obtener la conclusión de que los supuestos "trabajos" fueron una mera cobertura fraudulenta de los pagos para incrementar la prescripción de los productos del Laboratorio, como ya se ha expresado con anterioridad.

Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación del recurso interpuesto por la representación del condenado Juan Miguel, Médico especialista en DIRECCION003 de la Seguridad Social.

DECIMONOVENO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de D. Romeo se articula al amparo del art 851 1º por quebrantamiento de forma y alega falta de claridad en el relato fáctico. El motivo debe ser desestimado por las razones ya expuestas con anterioridad al analizar los recursos de los otros condenados: el relato fáctico es claro y suficiente para fundamentar la subsunción jurídica que determina la condena.

VIGESIMO.- El segundo motivo, también por quebrantamiento de forma, alega contradicción en el relato fáctico. Una reiterada doctrina estima necesario para que se produzca este vicio "in iudicando" que concurran los siguientes requisitos: a) Que se trate de una contradicción interna, es decir entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos; b) Que se trate de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual; c) Que sea insubsanable, es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción, armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; d) Que sea esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En el caso actual dichos requisitos no concurren, pues no se aprecia contradicción alguna en el relato. En realidad el recurrente ni siquiera identifica esas contradicciones, limitándose a insistir en la falta de claridad.



VIGESIMOPRIMERO.- El tercer motivo alega la inclusión en el relato fáctico de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo. Cita como tales conceptos predeterminantes las palabras "concierto" o "alteradas".

Según reiterada doctrina jurisprudencia ( SS.T.S. 17 de abril de 1996, 18 de mayo de 1999 y 28 de enero de 2000, entre otras muchas), para que constituya un vicio determinante de la nulidad, la predeterminación del fallo requiere los siguientes requisitos: a) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) Que sean, por lo general, sólo asequibles a juristas y no compartidas en el lenguaje común; c) Que tengan valor causal respecto del fallo; d) Que suprimidos tales conceptos jurídicos predeterminantes, dejen el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción. En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo pues, si no fuese así, la absolución o condena carecería del imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino evitar que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que no se determine la subsunción mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.

En el caso actual es obvio que no concurren dichas circunstancias pues las expresiones "concierto" o "alteradas" incluidas en el relato fáctico no constituyen conceptos técnico-jurídicos sino descripciones fácticas, expresadas en lenguaje común, asequible a todos.

VIGESIMOSEGUNDO.- El cuarto motivo, por infracción de ley, alega aplicación indebida del art 391 en relación con el 386, ambos del Código Penal de 1973. Discute el recurrente determinadas apreciaciones de la sentencia para impugnar que concurren los requisitos de dichos tipos delictivos.

Lo primero que es necesario precisar es que este cauce casacional exige el absoluto respeto del relato fáctico de la sentencia impugnada. Partiendo de dicho relato es claro que se cumplen los requisitos del art 391 en relación con el 386, pues el recurrente entregó dádivas a un funcionario para que falsificara recetas oficiales, es decir que corrompió a un funcionario para que realizase actos relativos al ejercicio de su cargo constitutivos de falsedad y estafa.

VIGESIMOTERCERO.- El quinto motivo, también por infracción de ley denuncia la inaplicación del art 426 del vigente Código penal, que se corresponde con el 390 de CP 73. Pero con ello se prescinde del relato fáctico pues es claro, como ya se ha expresado con anterioridad, que las dádivas no se entregaban para la consecución de actos lícitos sino de actos injustos, según lo ya razonado, e incluso delictivos en lo que afecta a este recurrente, pues se trataba de falsedades y estafas.

VIGESIMOCUARTO.- El sexto motivo, también por infracción de ley, alega la existencia de error de prohibición, por ignorar el recurrente la ilicitud de su comportamiento. El motivo carece de fundamento pues, como se ha expresado, no es creíble que quien actúa profesionalmente en el sector de la comercialización de medicamentos desconozca las prohibiciones más elementales establecidas por la Ley del Medicamento. Por otra parte el recurrente no ha sido condenado únicamente por corromper a los médicos para que recetasen más medicamentos de su laboratorio sino por corromper a un médico concreto llegando a falsear recetas de pacientes no atendidos para que el médico las firmase y se presentasen en las farmacias generando un gasto inútil para el Servicio Nacional de Salud, cometiendo con ello falsedad y estafa, lo que es claro que el recurrente necesariamente tenía que conocer que constituyen acciones penalmente sancionadas como delitos.

VIGESIMOQUINTO.- El séptimo motivo, por infracción de ley, denuncia la inaplicación del art 20 7º, en relación con el 21 1º y/o 21, 4º y 6º del Nuevo Código Penal, o bien de los arts 8 11º y 12º, 9 1º y/o 9 9º y 10º del CP 73. Interesa el recurrente que se le aprecie la eximente incompleta de obrar en cumplimiento del deber o bien de obediencia debida, con aplicación del CP 73, y alternativamente la atenuante de confesión, del Nuevo Código, o de arrepentimiento, del antiguo, como atenuantes ordinarias o por analogía.

El motivo no puede ser estimado. Es claro que no existía deber alguno que obligase al recurrente a realizar las acciones delictivas de cohecho, estafa y falsedad documental objeto de condena. Tampoco la relación laboral impone un deber de obediencia que excuse la realización de acciones conocidamente delictivas. La confesión parcial del recurrente se produjo después de abierto el procedimiento contra el mismo, por lo que no se justifica la apreciación de las atenuantes de arrepentimiento o confesión invocadas y no ha tenido entidad suficiente para forzar una atenuante por analogía.

Ha de señalarse, adicionalmente, que la Sala sentenciadora ya ha apreciado una atenuante analógica, con exceso de benevolencia. En efecto, tanto al recurrente como a Felix les aprecia una atenuante analógica en el delito de cohecho activo por ser "partícipes extraneus en un delito especial propio". Es cierto que esta Sala ha admitido (Sentencia de 14 de enero de 1994, Sentencia de 2 de mayo de 1996, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, caso Roldán, Sentencia de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, caso Urralburu) que cuando un particular, "extraneus", participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, "inraneus",



dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriadad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario. Pero también lo es que el delito de cohecho activo del art 391 y 423 del CP 95, no es un delito especial propio de funcionarios, sino un delito cuyos sujetos activos son precisamente los particulares que corrompen, por lo que en estos casos no procede atenuación de responsabilidad alguna por una inexistente condición de "extraneus".

VIGESIMOSEXTO.- El octavo motivo de recurso, por infracción de precepto constitucional, alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Como ya se ha expresado la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, b) constitucionalmente obtenida, c) legalmente practicada y d) racionalmente valorada. Pero no suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con inmediación, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni para sustituir su valoración ponderada y conjunta de la totalidad de la prueba practicada. No procede, pues, entrar en las apreciaciones que efectúa la parte recurrente, que pretende sustituir la valoración del Tribunal sobre la credibilidad de los testimonios y pericias por la suya propia, lógicamente interesada y parcial.

Lo relevante es que el Tribunal sentenciador dispuso de prueba suficiente, tanto sobre el cohecho, como sobre la falsedad y la estafa, obteniendo su convicción sobre los hechos apoyándose en elementos probatorios testificales, periciales y documentales suficientes, legítimamente obtenidos y practicados, por lo que el motivo debe ser desestimado. Hay que recordar que, como destaca el Tribunal sentenciador, el propio recurrente reconoció en un careo que "es cierto que el Dr. Juan Miguel recibía cantidades del dicente y que reactivaba las prescripciones después de recriminarle en el sentido de que no recetaba tanto como afirmaba".

VIGESIMOSEPTIMO.- El noveno motivo de recurso alega también infracción de ley por aplicación indebida de los arts 303, 528 y 529, todos del Código Penal anterior.

En relación con el delito de falsedad se alega que los actos realizados por el recurrente -rellenar centenares de recetas oficiales de la Seguridad Social con nombres de pacientes que no habían sido reconocidos en realidad por el Dr. Juan Miguel, y con prescripciones de medicamentos del laboratorio que representaba, para que seguidamente las firmara el referido Doctor- no integran el delito de falsedad objeto de condena - art 303 en relación con el 302 2º del CP 95- porque son alteraciones de la verdad irrelevantes, que no tienen entidad respecto de la producción de efectos, y porque no concurría dolo falsario.

Esta argumentación no puede ser acogida. Esta Sala ya se ha ocupado de la relevancia que tiene el falseamiento de las recetas oficiales de la Seguridad Social, con participación del médico que las suscribe, en la sentencia de 20 de marzo de 2001, núm. 439/2001. En ella se indica que las recetas oficiales de la Seguridad Social no solamente cumplen una función estrictamente terapéutica sino que también constituyen el soporte probatorio de un desplazamiento patrimonial: el que fundado en la fuerza probatoria del documento efectuará la Seguridad Social para sufragar el coste farmacéutico de la atención de un enfermo. Por ello las recetas no constituyen una mera prescripción, sino que constituyen el reflejo documental de un acto médico, en sentido amplio, en el que el médico que las suscribe ha reconocido o controlado a un determinado paciente y por ello acredita la necesidad de que la Seguridad Social se haga cargo de un gasto determinado para el abono de la medicación que se prescribe.

Cuando se elaboran masivamente recetas (documentos oficiales) en las que se hace figurar a pacientes que no han sido atendidos ni controlados en absoluto, con la espuria finalidad de incrementar la facturación de un determinado medicamento, que dichos pacientes no necesitan, es claro que se está confeccionando documentos que van a constituir el soporte justificativo de un desplazamiento patrimonial y que adolecen de falsedad, pues se hace intervenir en un acto a personas que no la han tenido, concretamente en el acto médico del que la receta constituye el reflejo documentado.

Cuando dicha actividad se realiza conjuntamente por el delegado del laboratorio y el médico, como sucede en el caso actual, rellenando el primero los nombres de los pacientes y las supuestas prescripciones con medicamentos de su laboratorio, y suscribiendo el segundo las recetas a sabiendas de su falsedad, es claro que el comportamiento de ambos es jurídicamente relevante para materializar la falsedad, por lo que la condena del médico como autor de un delito de falsedad en documento oficial del art 302 2º del CP 73 es jurídicamente correcta y también la del particular por un delito del art 303 del mismo texto legal.

Ambos han contribuido de modo relevante a la confección de un documento falso, que se integra en el tráfico jurídico, convirtiéndose en el soporte de una grave defraudación. Defraudación que se fundamenta



precisamente en la fiabilidad social y jurídica del documento falseado y en la trascendencia de la conducta falsaria realizada. Es claro, por tanto, que la "mutatio veritatis" no fue irrelevante, como pretende el recurrente, pues afectó directamente al bien jurídico tutelado por los delitos de falsedad.

Por lo que se refiere al dolo falsario es claro que concurre atendiendo a que el relato fáctico se refiere al concierto del recurrente con el médico para realizar conscientemente las alteraciones en las recetas, concierto que constituye una inferencia racional necesaria atendiendo a los datos objetivos acreditados.

VIGESIMO OCTAVO.- En relación con el delito de estafa alega el recurrente su duda sobre si la pena impuesta por dicho delito corresponde o no a la aplicación de la agravante del art 529 7º. Señala que el Tribunal cita el art 529 al calificar la infracción, pero el único subtipo que podría concurrir es el prevenido en el apartado 7º (especial gravedad) y el propio Tribunal lo descarta.

Es claro que el Tribunal ha desestimado expresamente la aplicación del subtipo agravado del art 529 7º, en el fundamento jurídico séptimo "in fine" de la sentencia impugnada, como dice el propio Tribunal sentenciador "al no alcanzar la estafa la cuantía de dos millones de ptas". Si hubiese apreciado dicha agravación tendría que haber impuesto la pena en su grado máximo, por encima de los cuatro meses y un día de arresto mayor. En consecuencia la duda no tiene cabida: de modo expreso se excluye la aplicación de la agravación y la pena impuesta es coherente con dicha exclusión. La mención del art 529 en el párrafo segundo del fundamento jurídico séptimo es por tanto un mero error, derivado de la reproducción de la calificación acusatoria, y rápidamente aclarado en el párrafo siguiente. Lo cierto es que en el fallo, en el que la estafa se califica por remisión, no figura referencia alguna al art 529, por lo que ha de entenderse que la condena es por estafa continuada del art 528 del CP 73. Teniendo en cuenta la aplicación del art 69 bis, por tratarse de un delito continuado, y la entidad del perjuicio ocasionado ( 1.683. 201ptas) , la pena impuesta es ciertamente moderada.

VIGESIMONOVENO.- El décimo motivo de recurso alega error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º de la Lecrim. Cita como documentos el acta de despido, en la que se aduce por los laboratorios "bajo rendimiento" y el informe pericial que señala como responsables administrativos de la infracción de la Ley del Medicamento al laboratorio y al médico, pero no incluye al representante farmacéutico, que es lo que era el recurrente.

Con anterioridad ya se han expresado los requisitos propios de este cauce casacional. Es claro que la documentación citada carece de valor acreditativo propio para demostrar error alguno en un pasaje del relato fáctico, pasaje que ni siquiera se identifica por el recurrente. Que haya sido despedido por bajo rendimiento no excluye la realización de los hechos delictivos enjuiciados; al fin y al cabo el recurrente era delegado del laboratorio en Madrid, y no es fácil que cubriese su labor de ventas con lo recetado por un solo médico, por muchas actuaciones fraudulentas que realizase. Por otra parte un dictamen pericial carece de valor alguno para determinar jurídicamente a quien corresponde la responsabilidad como autor de un hecho delictivo, autoría que no tiene por que coincidir con la que venga establecida para su propio ámbito por la legislación administrativa.

TRIGESIMO.- El motivo undécimo reproduce la alegación de presunción de inocencia, esta vez en relación con el art 849 2º, error en la valoración de la prueba, pero sin mencionar documento alguno en sentido propio. Como ya se ha expresado se ha practicado en el juicio prueba de cargo suficiente que corresponde valorar al Tribunal sentenciador, por lo que el motivo carece de fundamento.

TRIGESIMOPRIMERO.- El duodécimo motivo, por infracción de ley alega indebida aplicación de los arts 101 y siguientes del Código Penal derogado. Estima el recurrente que se le ha condenado indebidamente a una indemnización por la estafa, cuando no se ha lucrado directamente por el delito pues el beneficiario sería el laboratorio y no él mismo personalmente.

El motivo debe ser desestimado. El recurrente es coautor de la estafa, que se produce cuando, con ánimo de lucro, se utiliza engaño bastante para producir error a otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de si mismo o de un tercero. El Servicio Nacional de Salud se vió perjudicado en el caso actual en 1.683.201 ptas al tener que abonar dicha cantidad, al menos, por medicamentos innecesarios, prescritos a pacientes que no habían sido reconocidos y no los precisaban. Esta actuación se realizó por el recurrente con ánimo de lucro, aún cuando el beneficio inmediato no fuese para si mismo, pues al ser el delegado del laboratorio en la zona también se beneficiaba directa o indirectamente del incremento de ventas. Conforme al art 19 del CP del 73 toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente y conforme al art 101 dicha responsabilidad comprende la indemnización de los perjuicios causados, con independencia del lucro efectivo obtenido por el autor. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Procede, por todo ello, la integra desestimación del recurso interpuesto.



### III. FALLO

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de casación por INFRACCION DE LEY Y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA interpuesto por Felix , Romeo y Juan Miguel , contra la sentencia dictada por la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, con imposición de las costas por partes iguales a dichos recurrentes del presente recurso.

Notifíquese la presente resolución a los recurrentes arriba indicados, MINISTERIO FISCAL Y EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD (INSALUD), partes recurridas, así como a la Audiencia Provincial arriba mencionada, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Cándido Conde- Pumpido Tourón , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ