



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 42/2015, de 28 de enero de 2015*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 886/2014*

**SUMARIO:**

**Delito de estafa. Notoria importancia. Cobro de pensiones de titular muerto.** Delito de estafa en cantidad de notoria importancia por el cobro indebido de pensión de jubilación tras el fallecimiento de su titular. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido el engaño por omisión: el acusado no comunicó el fallecimiento de su madre, titular de la pensión, lo que le permitió seguir cobrando la misma durante diez años. Hubo un engaño bastante y relevante por parte del recurrente, que fue el determinante del desplazamiento patrimonial, con independencia de que los controles por parte del INSS hubieran fallado, especialmente por el comportamiento negligente de la entidad bancaria a través de la que se efectuaron los pagos. Precisamente, la negligencia de esta en el cumplimiento de la obligación de control de la pervivencia de la titular de la pensión que le incumbe en atención a lo dispuesto en el 17.5 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, es la que ha determinado su condena como responsable civil subsidiaria. El nuevo artículo 307 ter es como Ley especial para este tipo de comportamientos no puede ser aplicado retroactivamente ya que comportaría una pena superior a la estafa agravada por la que viene condenado.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8.1, 109, 110, 115, 116, 248.1, 249, 250, 307 ter y 308.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.º.

Orden del Ministerio de Hacienda de 22 de febrero de 1996 (para la aplicación y desarrollo del Rgto. Gral. de la Gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por el RD 1391/1995), art. 17.5.

**PONENTE:**

*Doña Ana María Ferrer García.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N.º: 42/2015

RECURSO CASACION N.º : 886/2014



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia. Sección 3ª

Fecha Sentencia : 28/01/2015

Ponente Excm. Sra. Dª. : Ana María Ferrer García

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : IMS

Cobro indebido de pensión de jubilación tras el fallecimiento de su titular. Estafa. Error por omisión: el acusado no comunicó el fallecimiento de su madre, titular de la pensión, lo que le permitió seguir cobrando la misma. Incumplió el deber jurídico que le incumbía y generó de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretó en el desplazamiento patrimonial que la Seguridad Social continuó efectuando.

Hubo un engaño bastante y relevante por parte del recurrente, que fue el determinante del desplazamiento patrimonial, con independencia de que los controles por parte del INSS hubieran fallado, especialmente por el comportamiento negligente de la entidad bancaria a través de la que se efectuaron los pagos. Precisamente, la negligencia de ésta en el cumplimiento de la obligación de control de la pervivencia de la titular de la pensión que le incumbe en atención a lo dispuesto en el 17.5 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, es la que ha determinado su condena como responsable civil subsidiaria.

Nuevo artículo 307 ter es Ley especial para este tipo de comportamientos. Objetivo de la reforma que lo introdujo: Según la exposición de motivos de la mencionada Ley, la inclusión del artículo 307 ter proporciona "un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos defraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social." Y la doctrina ha destacado que la reforma operada por la citada Ley responde al objetivo de extraer las conductas fraudulentas en relación a las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito del artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones. A este tipo las recondujo la jurisprudencia de esta Sala a partir de su pleno de 15 de febrero de 2002, especialmente cuando las defraudaciones afectaban al subsidio de desempleo. Tipicidad que, entre otras consecuencias, determinaba su sujeción a una condición objetiva de perseguibilidad vinculada a la cuantía.

El artículo 307 ter castiga su modalidad básica con la pena de seis meses a tres años de prisión. También contempla un tipo atenuado, para el que prevé multa, cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad. Y otro agravado, para cuando, entre otros casos, el valor de las prestaciones defraudadas fuera superior a cincuenta mil euros.

Tratándose, como se trata en este caso, de una defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años, no existe motivo alguno para sustraer

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

este supuesto, de inequívoco carácter patrimonial, del régimen general que la jurisprudencia de esta Sala ha marcado, a partir del Acuerdo del Pleno jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, para la determinación penológica cuando de delitos patrimoniales se trata.

Así, en este caso sería aplicable la modalidad agravada, ya que la defraudación que se ha conformado a partir del cobro de las sucesivas mensualidades de la pensión, ha alcanzado la suma total de 51.569,10 euros, que lleva aparejada una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo, penalidad mas gravosa para el recurrente que la correspondiente a la estafa agravada por la que viene condenado, por lo que la aplicación retroactiva queda descartada.

Nº: 886/2014

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>.: Ana María Ferrer García

Fallo: 14/01/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. D<sup>ña</sup>. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 42/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez  
D. José Manuel Maza Martín  
D. Francisco Monterde Ferrer  
D. Luciano Varela Castro  
D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del condenado Juan contra Sentencia de fecha 5 de Marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3<sup>a</sup>; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. D<sup>ña</sup>. Ana María Ferrer García; siendo parte el Ministerio Fiscal y como



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

recurridos Bankia, S.A., y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y estando el recurrente Juan representado por el Procurador de los Tribunales D. Pablo José Trujillano Castellano, y las recurridas Bankia S.A., por la Procuradora D<sup>a</sup>. Marta Ortega Cortina y el Instituto Nacional de la Seguridad Social por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

## I. ANTECEDENTES

### Primero.

El Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia, instruyó procedimiento abreviado con el número 97/2013, contra Juan y Elisa y como responsable civil BANKIA, S.A., y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3<sup>a</sup>) que, con fecha 5 de Marzo de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

### Primero.

Se declara probado que, tras el fallecimiento de Luisa (nacida el NUM000 de 1921), hecho que ocurrió el 21 de febrero de 1992, se siguió cobrando la pensión que ella percibía, cosa de la que se encargó, al parecer, su marido Anselmo, quien falleció el 9 de diciembre de 2001. Tras la muerte de Anselmo, el hijo de ambos, Juan, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, continuó cobrando la pensión de su madre y disponiendo de ella para sus propios fines, hasta que en el mes de enero de 2011, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social tuvo conocimiento de este hecho, interrumpió tales pagos. Dicha pensión se ingresaba en la cuenta número NUM001 de Bankia, cuya titularidad correspondía a Luisa y en la que figuraba como autorizado su marido Anselmo. Tras haberse producido el fallecimiento de aquella, su marido no puso en conocimiento de la entidad bancaria ni del mencionado Instituto Nacional de la Seguridad Social el hecho de tal fallecimiento, y cuando murió Anselmo, tampoco hizo ninguna comunicación de este hecho su hijo, el acusado Anselmo. Tras cada ingreso periódico, que al menos era mensual, Anselmo iba disponiendo del dinero así ingresado para sus propios gastos, para lo que solía utilizar el dni de su padre número NUM002, además de haber domiciliado diversos pagos.

### Segundo.

En algunas ocasiones Elisa, mayor de edad y sin antecedentes penales, recibió algunas cantidades dinerarias de su padre Juan, no pudiéndose afirmar con seguridad que ella fuese conocedora de que una parte del dinero que recibía de su padre procedía de la cuenta de su abuela.

### Tercero.

El importe de la pensión ascendía a 329,50 euros en el año 1997 y a 601,40 euros en el año 2011. En los años 2002 a 2009 hubo catorce pagas, siendo respectiva y sucesivamente cada paga mensual de 285,50, 400,54, 411,76, 438,71, 466,98, 493,22, 528,55 y 561,55 euros, y además debe computarse la paga para cubrir la diferencia del ipc, que respectiva y sucesivamente fue de 100,52, 43,96, 84,70, 84,42, 38,50, 142,24 y 29,12 euros. Además, en el año 2010 hubo catorce pagas de 587,80 euros y en enero de 2011 una paga de 601,40 euros y una diferencia de ipc de 106,40 euros. Todo lo cual hace un total de 51.569,10 euros.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLO:

En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia ha decidido:

**Primero.**

Condenar a Juan como autor de un delito de estafa en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y a la pena de nueve meses de multa con una cuota diaria de diez euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al pago de la mitad de las costas causadas y a que indemnice al Instituto Nacional de la Seguridad Social la suma de 36.013,55 euros, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Bankia.

**Segundo.**

Absolver a Elisa del delito de estafa de que ha sido acusada, dejándose sin efecto cuantas medidas cautelares hayan sido decretadas contra la misma y con declaración de oficio de la mitad de las costas causadas.

**Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Juan , 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 los recursos.

**Cuarto.**

La representación del acusado Juan , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

**Primero.**

Al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por infracción de los arts. 24.1 y 2 de la CE .

**Segundo.**

Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por infracción del artículo 248.1 en relación con el artículo 249 del CP y de la doctrina jurisprudencial que lo vienen interpretando.

**Tercero.**

Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por infracción del artículo 116.1 en relación con los artículos 109 a 115 del CP .



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **Quinto.**

Conferido el traslado de los recursos interpuestos por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y por el Ministerio Fiscal, una vez instruidos, presentaron sendos escritos impugnando la admisión de los mismos, en su escrito e informe de fecha 22 de julio de 2.014, respectivamente. Y por la representación procesal del acusado se presentó escrito dándose por instruido.

#### **Sexto.**

La Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para deliberación y decisión el día 15 de Enero de 2015, sin vista.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia el 5 de Marzo de 2014 por la que condenó a Juan como autor de un delito de estafa en cantidad de notoria importancia, del que fue acusado por el Ministerio Fiscal y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Los hechos en los que se basó la condena son, en síntesis, que tras la muerte de Luisa en el año 1992, se siguió cobrando la pensión de jubilación que ella percibía mensualmente en una cuenta bancaria, cosa de la que, al parecer, se encargó su esposo Anselmo, que figuraba como autorizado en la cuenta. Cuando éste falleció en el año 2001, el hijo de ambos Juan tampoco comunicó el fallecimiento de su madre y continuó cobrando la pensión y disponiendo de ella hasta el año 2011. El ingreso de la pensión era mensual. Juan domicilió en la misma cuenta diversos pagos y utilizó para disponer del dinero el DNI de su padre. El importe de lo cobrado desde el fallecimiento del padre del acusado ascendió a 51.569,10 euros.

Por el acusado Sr. Juan se interpuso recurso de casación que ha sido impugnado por el Fiscal y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y que pasamos a analizar.

#### **Segundo.**

El primer motivo de recurso, por cauce de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ denuncia infracción del artículo 24 CE en relación al derecho a la presunción de inocencia.

Según doctrina de esta Sala (entre otras STS 383/2014 de 16 de mayo ; 596/2014 de 23 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre y 881/2014 de 15 de diciembre ) la invocación en casación 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, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

### **Tercero.**

Mantiene el recurrente que desconocía que el dinero que nutría la cuenta bancaria de cuyos fondos dispuso, procedía de la pensión que el INSS abonaba a su madre fallecida. Que actuó en la creencia de que su padre habría comunicado el fallecimiento de aquella, y que "al cobrar alguna pensión, entendía que iba dirigida a él mismo". Concluye que la prueba de cargo practicada no ha conseguido acreditar lo contrario.

La Sala sentenciadora ha tomado como prueba la documentación bancaria aportada a los autos, en la que constan los ingresos en la cuenta a nombre la madre del recurrente y los actos dispositivos realizados por éste tras la muerte del padre, elementos fácticos que el recurso no discute. Igualmente tomó en consideración que el acusado no comunicó el fallecimiento de su madre, extremo igualmente no controvertido. A partir de tales datos infiere que ello respondió al deliberado propósito por su parte de generar una apariencia engañosa en relación a la supervivencia de la beneficiaria de la pensión, que le permitiera mantenerse en el disfrute de la misma, a sabiendas de que no tenía derecho a ello. Inferencia de todo punto lógica, que desplaza a cualquier otra como plausible. Y desde luego no lo es la que defiende el recurso, en atención al tiempo durante el que se prolongó el comportamiento, alrededor de diez años desde el fallecimiento del padre, y el uso que el acusado hizo de la cuenta en cuestión, de la que, no sólo extrajo dinero, sino que incluso domicilió pagos.

Todo ello nos permite concluir que ha existido prueba inequívocamente de cargo, válidamente introducida en el proceso, suficiente y razonablemente valorada, idónea en definitiva para desvirtuar el derecho del recurrente a ser presumido inocente.

El motivo se desestima.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **Cuarto.**

El segundo motivo de recurso denuncia, por cauce del artículo 849.2 LECrim , infracción de los artículos 248.1 y 249 CP y de la doctrina que los interpreta.

Tal como se ha expuesto en resoluciones precedentes de este Tribunal, los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia ( SSTS 220/2010 de 16 de febrero ; 752/2011 de 26 de julio ; 465/2012 de 1 de junio y 900/2014 de 26 de diciembre ), son los siguientes:

1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.

2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción.

3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro.

5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido el engaño por omisión. Así afirmó la STS 661/1995 de 18 de mayo "el engaño constituye la afirmación de los hechos falsos como verdaderos, o bien el ocultamiento de hechos reales. Y como recuerda el Fiscal al impugnar el recurso se ha apreciado la existencia de engaño típico en reiteradas ocasiones. Así, cuando se omiten los comportamientos legales exigidos para evitar el resultado producido ( STS 1036/2003 2 de septiembre ); o cuando quienes tienen posición de garantes por haber generado un riesgo serio para el patrimonio de los acreedores, no les comunicaron el riesgo inminente de incumplimiento y del consiguiente perjuicio patrimonial, que hubiera podido impedir el resultado ( SSTS 79/2004 de 27 de febrero y 591/2007 de 2 de julio ) o cuando se omite el facilitar información obligada ( STS 281/2014 de 26 de marzo ).

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

En este caso el engaño estaría residenciado en la falta de comunicación al banco donde se ingresaba la pensión y al INSS del fallecimiento de D<sup>a</sup> Luisa , ocurrido el 21 de febrero de 1991. Fue esta omisión la que determinó el acto de disposición materializado a través de los pagos de la correspondiente pensión tras el fallecimiento de aquella.

La STS 915/2004 de 15 de julio , en un supuesto similar al que ahora nos ocupa, apreció en la acusada voluntad de engañar a la entidad bancaria pagadora y, a través de ésta, a la Seguridad Social, desde que comenzó a cobrar ella la pensión a la que no tenía derecho alguno por fallecimiento de la que era su titular. Y consideró el engaño consistente en ocultar ese fallecimiento como idóneo y bastante, y determinante del acto de disposición consistente en el pago del importe de la pensión.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

En este caso el acusado no comunicó a la Seguridad Social el fallecimiento de su madre, para que se siguiera abonando la pensión que a ella le correspondía, cuando tenía la obligación de hacerlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 7 de mayo de 1981 por la que se desarrolla el Real Decreto 227/1981, de 23 de enero, sobre sistemas de pago de los haberes de Clases Pasivas del Estado. De esta manera consiguió que la pensión de jubilación de la que aquélla era titular se siguiera abonando. Y una vez ingresada en la cuenta de la que sólo ella era titular, dispuso de su importe a lo largo de diez años. Ocultó el fallecimiento y para reforzar su engaño utilizó en ocasiones el DNI de su padre, también fallecido y único autorizado en la cuenta donde se ingresaba la pensión. Es decir, no sólo silenció la muerte de sus progenitores, sino también dispuso de una cuenta sin tener autorización para ello. Engañó al banco y también a la Seguridad Social, que a consecuencia de ello siguió abonando la pensión pese a que ya no vivía quien tenía derecho a tal prestación. No incurre en error de subsunción la Sala sentenciadora al calificar los hechos como delito de estafa.

Hubo un engaño bastante y relevante por parte del recurrente, que fue el determinante del desplazamiento patrimonial, con independencia de que los controles por parte del INSS hubieran fallado, especialmente por el comportamiento negligente de la entidad bancaria a través de la que se efectuaron los pagos. Precisamente, la negligencia de ésta en el cumplimiento de la obligación de control de la pervivencia de la titular de la pensión, obligación que le incumbe en atención a lo dispuesto en el 17.5 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, es la que ha determinado su condena como responsable civil subsidiaria.

#### **Quinto.**

La LO 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se modificó el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, vigente desde el 17 de enero de 2013, ha introducido, entre los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, al artículo 307 ter que tipifica ex novo y de manera expresa el fraude de prestaciones de la Seguridad Social.

Según la exposición de motivos de la mencionada Ley, la inclusión del artículo 307 ter proporciona " un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social." Y la doctrina ha destacado que la reforma operada por la citada Ley responde al objetivo de extraer las conductas fraudulentas en relación a las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito del artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones. A este tipo las recondujo la jurisprudencia de esta Sala a partir de su pleno de 15 de febrero de 2002, especialmente cuando las defraudaciones afectaban al subsidio de desempleo. Tipicidad que, entre otras consecuencias, determinaba su sujeción a una condición objetiva de perseguibilidad vinculada a la cuantía.

El citado pleno acordó " El fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del CP ". Según explicó la sentencia que lo desarrolló, STS 435/2002 de 1 de marzo, " esta tesis encuentra su fundamento en las razones ya alegadas en la referida corriente jurisprudencial en la que, superando la distinción entre "subvenciones" y "subsidios" en atención a que el artículo 81.2 a) del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria (Ley 31/1990) extendió el concepto de ayudas o subvenciones públicas "a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público", finalidad ésta que indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral. Interpretación, por otra parte, acorde con la especificidad del Título XIV del Código Penal del que forma parte el artículo 308 ("De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social"). En definitiva, estos fraudes suponen una especie de estafa privilegiada y por consiguiente debe ser el precepto antes citado el que ha de ser aplicado en estos supuestos por razón del principio de especialidad ( art. 8º.1ª CP ). Ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador ".

Sin embargo, cuando de pensiones se trataba, esta Sala recondujo los supuestos de defraudación al delito de estafa. Son exponente de ello, entre otras SSTs 830/2003 de 9 de junio , 915/2004 de 15 de julio ó 636/2012 de 13 de julio . En concreto la primera de las citadas explicó la razón de ese distinto tratamiento: "Se suscitan dos cuestiones interdependientes de forma que resuelta la primera en el sentido de entender que la pensión de jubilación es una subvención según el artículo 308 CP tendríamos que concluir en la atipicidad de la conducta como en el caso anterior. Si ello no fuese así deberíamos valorar si existe o no el error de subsunción que se denuncia en el tipo de estafa (engaño bastante y tentativa). El Reglamento del Procedimiento para la Concesión de Ayudas y Subvenciones Públicas ( Real Decreto 2225/1993, de 17/12) en su artículo 1º.2 señala que el mismo es de aplicación "a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado", lo que constituye un punto de partida para aproximarnos al concepto administrativo de subvención. La doctrina, a su vez, ha señalado como notas que la caracterizan otorgarse de una atribución patrimonial gratuita o a fondo perdido, es decir, no devolutiva; su otorgamiento debe ser una persona o entidad de derecho público; mediante su concesión se asume parte de la carga financiera de otro ente o de un particular; el subvencionado jurídicamente debe tener respecto del otorgante la condición de tercero; y debe estar presidida por una finalidad de interés general, pero específica y determinada. Pues bien, atendido lo anterior, la pensión de jubilación no es encajable en dicho concepto, por muy flexible que sea su aplicación, si tenemos en cuenta que mediante aquélla se atiende a una retribución a la que en principio tiene derecho todo trabajador que ha cotizado el tiempo correspondiente durante su período de actividad laboral, luego no es una disposición gratuita sino una retribución a cargo de los presupuestos públicos que tiene su fundamento en las cotizaciones aportadas al Estado. Siendo ello así no existe el error de subsunción que se denuncia pues el engaño bastante no es incompatible con la estafa en grado de tentativa."

En este contexto, el nuevo artículo 307 ter se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto al delito de estafa en las defraudaciones que afecten al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones.

#### **Sexto.**

El artículo 307 ter sanciona en su modalidad básica a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública.

El comportamiento ahora enjuiciado encaja en la modalidad de prolongación del disfrute de prestaciones, por lo que el artículo 307 ter por su especialidad, desde su entrada en vigor desplaza a los artículos 248 , 249 y 250 CP con arreglo a los cuales se venían calificando tales comportamientos. Tal sucesión normativa obliga a efectuar la correspondiente comparación a fin de determinar si la nueva tipicidad pudiera ser más favorable al recurrente, y, en su caso, retroactivamente aplicable.

El artículo 307 ter castiga su modalidad básica con la pena de seis meses a tres años de prisión. También contempla un tipo atenuado, para el que prevé multa, cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad. Y otro agravado, para cuando, entre otros casos, el valor de las prestaciones defraudadas fuera superior a cincuenta mil euros.

Tratándose, como se trata en este caso, de una defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años, no existe motivo alguno para sustraer este supuesto, de inequívoco carácter patrimonial, del régimen general que la jurisprudencia de esta Sala ha marcado, a partir del Acuerdo del Pleno jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, para la determinación penológica cuando de delitos patrimoniales se trata.

Así, en este caso sería aplicable la modalidad agravada, ya que la defraudación que se ha conformado a partir del cobro de las sucesivas mensualidades de la pensión, ha alcanzado la suma total de 51.569,10 euros, que lleva aparejada una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo, penalidad mas gravosa para el recurrente que la correspondiente a la estafa agravada por la que viene condenado, por lo que la aplicación retroactiva queda descartada.

#### **Séptimo.**

El tercer y último motivo de recurso denuncia, al amparo del artículo 849.1, infracción de los artículos 116.1, en relación con los artículos 109 a 115, todos del CP .

Pese a este enunciado, al desarrollar el motivo el recurso insiste en que el comportamiento del acusado fue inocuo. Se aparta del relato de hechos de la sentencia para mantener que Juan no hizo nada para hacer creer a la entidad financiera que su madre continuaba viviendo, y atribuye el desplazamiento patrimonial a un comportamiento negligente del banco y de la administración.

Como hemos analizado al resolver el anterior motivo, su engaño consistió precisamente en un no hacer, es decir, en no comunicar la muerte de sus progenitores. Y sí hizo algo que contribuyó a reforzar su estrategia engañosa, exhibió del DNI de su padre ya fallecido, para poder seguir disponiendo de la pensión. Fue él quien con su actitud generó el riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretó en el acto de disposición patrimonial por parte de la Seguridad Social, sin que en la relación de causalidad así establecida interfirieran los comportamientos ni de la Administración perjudicada, ni de la entidad bancaria a través de la que se materializó el cobro, con independencia de la responsabilidad civil que a esta incumbe.

El motivo se desestima y con el la totalidad del recurso.

#### **Octavo.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim , el recurrente habrá de soportar el pago de las costas de este recurso.

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

### III. FALLO

Que DESESTIMAMOS el recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional interpuesto por el acusado Juan contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 5 de Marzo de 2014 en el Procedimiento Abreviado 97/2013 confirmando la misma en todos sus extremos y con imposición de costas al recurrente.

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

D. Manuel Marchena Gómez D. José Manuel Maza Martín D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.