

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1191/2024, de 27 de enero de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2871/2022

SUMARIO:**Fraude a la Seguridad Social. Elementos del tipo. Estafa. Mecanismos administrativos de control. Culpabilidad del ilegítimo perceptor.**

La estructura del delito de fraude a la Seguridad social es la propia de un delito de estafa, una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social, dando de esta manera lugar a un acto de desplazamiento patrimonial. La conducta típica (como se admite en la estafa, aunque en este campo no sin polémica) puede ser omisiva: se aparenta ante la Administración Pública una situación que no se ajusta a la realidad, un hecho inexistente, alterado o desfigurado. Se oculta aquello que se estaba obligado a comunicar. La omisión punible abarca no solo los supuestos de ocultación consciente de hechos de los que se tenía el deber de informar. Puede abrazar casos de aceptación y mantenimiento de una prestación que fue otorgada y/o prolongada por error del propio sistema.

En este último supuesto, el art. 307 ter es ley especial (art. 8. 1º) frente al art. 248, si se identifica un engaño bastante; o frente al 254 CP, en otro caso. El tema para debatir es si, junto a esa inicial tipicidad que se nos antoja indiscutible, se produce otra sobrevenida (art. 307 ter) que absorbe aquélla. De considerarse que no es así la respuesta no sería la absolución por lo que ha optado el Tribunal Superior sino una condena más benigna por otro tipo penal, sin perjuicio de que previamente sería necesario abrir un trámite de audiencia para posibilitar la contradicción.

Ha de darse una relación de causa a efecto entre aquella acción u omisión, el error y el otorgamiento o prolongación indebida de la prestación que disfruta el agente. Ocultar un fallecimiento se considera engaño idóneo y bastante. Esta Sala ha rechazado que exista un deber habitual del funcionario correspondiente de examinar cada mes la edad del titular del derecho o su supervivencia.

También sobre la necesidad de que el engaño sea *bastante* subsiste una prolongada controversia. Si el error, por utilizar la famosa fórmula de un clásico tratadista, proviene más que del engaño de *la estúpida credulidad del sujeto pasivo* (a lo que cabría equiparar, la desidia, la torpeza, la indolencia...) no habrá estafa. No cabrá establecer un nexo de imputación objetiva.

Trasladando esa doctrina a las defraudaciones tributarias o de cuotas de la seguridad social, tendríamos que la manifiesta desidia o negligencia o grosera ineficiencia en los mecanismos de control de la Administración concernida, rompería la imputación objetiva: si los pagos indebidos obedecen, más que a la conducta omisiva del sujeto activo, a esos clamorosos e intolerables déficits en los mecanismos de supervisión y control, no habrá defraudación en el sentido exigido por estos tipos penales. Podría haber, en su caso (si no estuviésemos ante un tipo especial), otra infracción (negativa a devolver lo indebidamente cobrado como apropiación indebida).

Aquí, ciertamente, la Administración concernida fue avisada del fallecimiento del beneficiario por su viuda que lo hizo para reclamar su pensión personal. Seguramente por razón de una burocracia oxidada, esa comunicación no produjo las rectificaciones lógicas cancelando el pago de la pensión originaria, al tiempo que se activaba la de viudedad, incompatible con

Síguenos en...

aquella. De ello se aprovechó el recurrido que continuó cobrando la pensión durante quince años, cuando ya había fallecido no solo el directo beneficiario, sino también su viuda.

Es claro que existió negligencia en la administración de la Seguridad Social. Pero no puede decirse que con ello quebrase de forma absoluta el nexo de imputación objetiva con el comportamiento del beneficiario durante el largo tracto temporal en que se desplegó la anómala situación. Satisface las exigencias del art. 307 ter, sin que pueda abrirse paso, por tanto, el tipo que podría ser subsidiario (art. 254 CP): el silencio prolongado ante esas percepciones, aparentando que todo estaba en orden, es ocultación.

PONENTE: D. Antonio del Moral Garcia

Magistrados:

D. JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

D. ANTONIO DEL MORAL GARCIA

D^a. CARMEN LAMELA DIAZ

D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA

D. JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.191/2024

Fecha de sentencia: 27/01/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2871/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2024

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: TSJ LAS PALMAS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2871/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Síguenos en...



Sala de lo Penal**Sentencia núm. 1191/2024**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de enero de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **2871/2022** interpuesto por **el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA (ISM)** representado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 23 de marzo de 2022, que estimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Sexta) en el proceso seguido frente a Cornelio por delito contra la Seguridad Social, decretando su absolución. Ha sido parte recurrida la entidad Caixabank S.A representada por el Procurador Sr. D. Julio Cabellos Antonios y bajo la dirección letrada de D.ª Sara E. García Pérez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº Cuatro de Santa Cruz de Tenerife, inició PA nº 1478/2018, contra Cornelio y Enriqueta. Una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2021. Recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"El Instituto Social de la Marina reconoció a Faustino, con efectos desde el 17 de febrero de 1998, una pensión por jubilación. El abono de la prestación se efectuaba en 14 pagos anuales y, al menos, desde el 3 de marzo de 1999, se ingresaban en la cuenta NUM000 de la Caja General de Ahorros de Canarias (Caja Canarias), en la que también figuraba como titular su esposa, doña Margarita. Posteriormente Caja Canarias fue extinguida e integrada en Caixabank S.A, asignándole a la antedicha cuenta el número NUM001.

El 18 de marzo de 1999, falleció Faustino y el 23 de marzo de 1999, Margarita se personó en las dependencias del Instituto Social de la Marina para solicitar las prestaciones derivadas del fallecimiento de su cónyuge, aportando el correspondiente certificado de defunción. El Instituto Social de la Marina le reconoció el derecho a cobrar una pensión de viudedad y pasó a efectuar los abonos en la cuenta antes mencionada de Caja Canarias, lo cual se verificó hasta poco después de su fallecimiento, que se produjo el 25 de febrero de 2005. No obstante lo anterior, la Seguridad Social continuó pagando la pensión de jubilación de Faustino.

El 18 de mayo de 1999, Cornelio, mayor de edad y sin antecedentes penales, hijo de Faustino y de Margarita, se incorporó como titular a la cuenta bancaria de sus padres y a partir de ese momento fue el único que la gestionó, lo que le llevó a tener conocimiento que el Instituto Social de la Marina seguía ingresando la pensión de jubilación de su padre. No obstante ello, no comunicó ni a la mencionada entidad gestora ni a la Seguridad Social ni a la entidad bancaria que se había producido la extinción del derecho a la prestación ni tampoco que sus padres habían fallecido. De esta manera propició tanto que se prolongara de manera indebida el abono de la pensión como que el banco le permitiera seguir operando con los fondos de la cuenta, aprovechándose que esta no cumplió con su obligación de controlar la pervivencia de

Síguenos en...



Faustino. Además, lejos de abstenerse de cobrar la pensión, dispuso de ella, procurándose un ilícito enriquecimiento patrimonial, en particular desde el fallecimiento de su madre, pues desde dicho momento el único ingreso en la cuenta referida de Caixabank era el de la pensión de jubilación.

Los abonos de la pensión por jubilación se sucedieron hasta el día 6 de julio de 2015, fecha en la que Caixabank comunicó al Instituto Social de la Marina el fallecimiento de Faustino.

El acusado empleó las cantidades ingresadas por la pensión de jubilación en pluralidad de compras en establecimientos comerciales de alimentación, ropa, calzado, libros, joyería, juguetes, ocio, restauración, repostaje de combustible, deportes, electrodomésticos, tabaco y suministros de electricidad, agua y telefonía y realizó pluralidad de retiradas de efectivo, empleando la tarjeta bancaria asociada a la cuenta. Asimismo domicilió en la mencionada cuenta bancaria el importe de un seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículo a motor que figuraba suscrito por Enriqueta, su pareja sentimental en esas fechas. Igualmente efectuó diversas transferencias tanto a favor de una cuenta bancaria que era privativa de Enriqueta como a otra, titularidad de ambos, así como a una tercera de la que era titular junto con su hermano, Luis Alberto.

No quedó probado que Enriqueta supiera que el Instituto Social de la Marina seguía ingresando la pensión por jubilación tras el fallecimiento de Faustino ni tampoco, que su pareja Cornelio estuviera disponiendo de ese dinero para sufragar gastos personales y familiares.

Las pensiones ingresadas en la cuenta en el periodo transcurrido desde el 1 de abril de 1999 al 31 de julio de 2015 ascienden a una cuantía de 317.465,19 euros; correspondiendo 14 pagas anuales por las siguientes cantidades: en el año 1.999, 1.098,94 euros; en el año 2.000, 1.126,60 euros; en el año 2.001, 1.164,53 euros; en el año 2.002, 1.189,03 euros; en el año 2.003, 1.235,40 en el mes de enero y 1.250,10 euros el resto del año; en el año 2.004, 1.285,10 euros; en el año 2.005, 1.330,08 euros; en el año 2.006, 1.375,31 euros; en el año 2.007, 1.411,06 euros; en el año 2008, 1.451,64 euros entre los meses de enero y mayo y una paga extra, 1.651,64 euros en el mes de junio, 1479,63 entre los meses de julio a diciembre; en el año 2.009, 1.514,96 euros; en el año 2.010, 1.501,34 euros; en el año 2.011, 1.520,66 euros; en el año 2.012, 1.535,86 en el mes de enero y 1.516,30 euros el resto del año; en el año 2.013, 1532, 75 euros; en el año 2014, 1.536,59 euros y hasta julio del año 2015 1.584,97 euros y de otro lado pagas únicas en el año 1.999, 136,04 euros; en el año 2000, 324, 76 euros; en el año 2001, 111,78 euros; en el año 2002, 309,99 euros; en el año 2.003, 137,21 euros; en el año 2004, 264,66 euros; en el año 2005, 255,61 euros; en el año 2006, 113, 17 euros; en el año 2007, 406,74 euros; en el año 2008, 81, 15 euros y en el año 2010, 270,48 euros.

Caixabank S.A incumplió la obligación de control de la pervivencia del titular de la pensión, 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.

De otro lado, Caixabank entregó 79.682,36 euros al Instituto Social de la Marina por las pensiones ingresadas en la cuenta en los cuatro años anteriores a la comunicación del fallecimiento, restando por devolver la cantidad de 231.306,91 euros".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia establece:

"Que debemos condenar y condenamos a Cornelio como autor penal y civilmente responsable de un delito contra la Seguridad Social previsto y penado en artículo 307 ter 1 y 2 del Código Penal a la pena de dos años de prisión con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y multa proporcional de 400.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 10.000 euros impagados que podrá cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad, previa conformidad del penado. Asimismo se le impone la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del

Síguenos en...



derecho a gozar de los beneficios o incentivos de la Seguridad Social durante un periodo de cuatro años. Igualmente debe ser condenado en concepto de responsabilidad civil a indemnizar al Instituto Social de la Marina en la cantidad de doscientos treinta y un mil trescientos seis euros con noventa y un céntimos (231.306,91 euros) declarándose responsable civil subsidiaria a la entidad bancaria Caixabak SA con la aplicación para ambos de lo dispuesto en el artículo 576.1 LEC. Asimismo Cornelio abonará la mitad de las costas causadas, declarándose de oficio la otra mitad.

Que debemos absolver y absolvemos a Enriqueta de los hechos de los que venia siendo acusada con todos los pronunciamientos favorables, así como a Luis Alberto de la acción civil que se dirigía contra él ".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Cornelio, adhiriéndose al mismo la representación procesal de la entidad Caixabank S.A., remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, que dando por probados los Hechos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, con fecha 23 de marzo de 2022 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Cornelio, y de adhesión al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Caixabank S.A contra la sentencia condenatoria de fecha 30 de abril de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el Procedimiento Abreviado no 46/2020, la cual revocamos absolviendo al apelante don Cornelio del delito contra la Seguridad Social por el que venia siendo acusado.

No procede efectuar imposición de costas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo anunciarse recurso de casación en el plazo de cinco días ante esta Sala, el cual habrá de formalizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por la acusación recurso de casación 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por el Instituto Social de la Marina (ISM).

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida inaplicación de los arts. 307 ter, 1 y 2 CP. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error de hecho en la valoración de la prueba. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim, por error de hecho en la valoración de la prueba.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto apoyando su primer motivo. Las partes recurridas impugnaron el recurso. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se inició la deliberación el día 13 de noviembre de 2024, prolongándose la misma hasta el pasado 23 de enero.

SÉPTIMO.- Formula Voto particular el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:- Una de las recurridas (la entidad bancaria) opone varias causas de inadmisión a cada uno de los tres motivos que componen el recurso, interpuesto por la acusación particular y apoyado por el Ministerio Fiscal.

Síguenos en...



Antes de adentrarnos en el fondo merecen respuesta específica esos óbices esgrimidos en cuanto no sean de los solapables con razones de desestimación por el fondo como serían las causas contempladas en el art. 885 LECrim. De acogerse alguno, habría que desestimar el motivo sin entrar en sus argumentos y sin analizar si fue correcta o no la decisión del tribunal *a quo*.

Las peticiones de inadmisión específicas y autónomas en tanto no rebaten los argumentos impugnativos, reclaman una respuesta *ad hoc* Su *ubi* procesal ha de ser ineludiblemente la sentencia. No otro encontramos en la tramitación prevista en la Ley para la casación (art. 893 LECrim). Toda alegación singularizable merece una contestación expresa. En este caso solo es posible en la sentencia. No en vano las causas de inadmisibilidad en fase de decisión son apreciables como fundamento de una desestimación sin resolver el fondo (STS 863/2014, de 11 de diciembre, entre muchas otras).

SEGUNDO.- Se dice que el primero de los motivos no respeta los hechos probados y, además, carece de interés casacional.

En cuanto a lo primero, no es del todo exacta la objeción de la recurrida. Pero en todo caso, al examinar el motivo se evitará un juicio de subsunción que no tenga apoyo expreso y exclusivo en el hecho probado con las matizaciones que se harán.

En cuanto a la supuesta falta de interés casacional es condición de admisibilidad que solo rige en recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales.

Las objeciones blandidas frente a los motivos segundo y tercero tienden a confundirse con el fondo: quedarán contestadas al analizar los motivos.

En otro orden de cosas, no se entiende muy bien a qué se refiere esta parte recurrida al denunciar que no se indica qué cauce del art. 847 LECrim se está utilizando. Eso -aduce- le provoca confusión a la hora de impugnar el recurso. Es obvio que se trata de una sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, lo que remite de forma inexorable al art. 847.1. a) 1º LECrim. No se alcanza a adivinar dónde radica el punto de confusión.

Por lo demás y en lo que respecta al art. 849.2º LECrim invocado como causal de casación en los motivos segundo y tercero, no le falta razón en su argumentación a la parte: no se está propiamente impugnando el hecho probado, amén de otros defectos. Sobre ello nos detenemos a continuación.

TERCERO.- Una correcta disciplina procesal exigiría haber interpuesto con carácter prioritario los motivos por infracción de ley del art. 849.2º LECrim. El debate sobre la subsunción jurídica (art. 849.1º) ha de ser necesariamente posterior a la fijación definitiva del hecho probado. Si el art. 849.2º LECrim está previsto normativamente para modificar el hecho probado, es obvio que su examen ha de ser prioritario. La cuestión será indiferente (el orden de los factores no altera el producto) cuando el motivo vaya a ser desestimado, como sucede aquí. En todo caso nos atendremos a lo que exigiría el buen orden procesal.

El art. 849. 2º LECrim es un cauce procesal tremendamente angosto. Todavía se hace más complicado creciendo los obstáculos a sortear cuando es una acusación quien lo enarbola pretendiendo modificar el hecho probado *contra reo* sin mediar un examen directo de la prueba por parte del Tribunal llamado a ello.

Las alegaciones que bajo esa referencia legal (art. 849.2º) vierte la recurrente se apartan de forma flagrante de la ortodoxia procesal, como pone de manifiesto una de las recurridas al solicitar, con muy buenas razones, la inadmisión. Se invocan como documentos lo que son declaraciones personales documentadas; no se apoya en documentos literosuficientes; y ataca una mención de la Sala (reparación del daño) que solo tendría operatividad de dictarse segunda sentencia. En ningún caso habría que modificar el hecho probado, en tanto consigna que el pago fue efectuado por la entidad bancaria y no directamente por el acusado: no hay nada que variar en el *factum*.

Síguenos en...

Los motivos segundo y tercero han de ser desestimados por las razones apuntadas. Además, no responde su contenido, como ha destacado una de las recurridas, a la disciplina legal: no busca cambios en el hecho probado, sino abundar en las razones esgrimidas para estimar el motivo primero; o aducir otras para desechar una atenuante que no ha sido formalmente apreciada y que no se reclama por nadie de forma adhesiva.

CUARTO.- Entramos ya en el primer motivo. Cuestiona la respuesta estimatoria que la Sala de apelación dio al recurso de la defensa, y reivindica la reposición de la condena dictada por la Audiencia Provincial. El motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, va a ser estimado.

El tema que se ventila en algunas de sus vertientes, en cuanto enlaza con cuestiones ligadas al viejo delito de estafa, es clásico, aunque presente matices singulares al referirlo a las nuevas tipicidades de fraude a la Seguridad Social. Ha sido debatido tradicionalmente en materia de estafa. Esta secular figura delictiva exige una conducta engañosa que ha de ser propicia para provocar el error en el sujeto pasivo determinante del acto de disposición. No podemos olvidar cierta concomitancia del tipo penal aplicado con los delitos de estafa. Ha sido destacada por la jurisprudencia. Apuntaba a este respecto la STS (Pleno) 355/2020, de 26 de junio: "su estructura es la propia de un delito de estafa, una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social, dando de esta manera lugar a un acto de desplazamiento patrimonial".

La conducta típica (como se admite en la estafa, aunque en este campo no sin polémica) puede ser omisiva: se aparenta ante la Administración Pública una situación que no se ajusta a la realidad, un hecho inexistente, alterado o desfigurado. Se oculta aquello que se estaba obligado a comunicar.

La omisión punible abarca no solo los supuestos de ocultación consciente de hechos de los que se tenía el deber de informar. Puede abrazar casos de aceptación y mantenimiento de una prestación que fue otorgada y/o prolongada por error del propio sistema.

En este último supuesto, el art. 307 ter es ley especial (art. 8.1º) frente al art. 248, si se identifica un engaño bastante; o frente al 254 CP, en otro caso. Y lo es desde el 17 de enero de 2013, fecha en que entró en vigor la LO 7/2012, de 27 de diciembre que introdujo esta tipicidad. Hasta esa fecha, si no podía hablarse con rigor del engaño *bastante* que exige el art. 248 CP, los hechos encajarían en el anterior art. 254 CP en relación con el art 74 CP. El tema a debatir es si, junto a esa inicial tipicidad que se nos antoja indiscutible, se produce otra sobrevenida (art. 307 ter) que absorbe aquélla. De considerarse que no es así la respuesta no sería la absolución por lo que ha optado el Tribunal Superior sino una condena más benigna por otro tipo penal, sin perjuicio de que previamente sería necesario abrir un trámite de audiencia para posibilitar la contradicción (art. 897 LECrim y STJUE de 9 de noviembre de 2023).

QUINTO.- La acción u omisión engañosa en estos fraudes, al igual que en la estafa debe provocar el error en la Administración. Ha de darse una relación de causa a efecto entre aquella acción u omisión, el error y el otorgamiento o prolongación indebida de la prestación que disfruta el agente. Ocultar un fallecimiento se considera engaño idóneo y bastante. Esta Sala ha rechazado que exista un deber habitual del funcionario correspondiente de examinar cada mes la edad del titular del derecho o su supervivencia (STS 915/2004, de 15 de julio, citada por las SSTS 425/2017, de 13 de junio y 42/2015, de 28 de enero).

En el ámbito de la estafa se ha debatido mucho sobre la posibilidad de un engaño por omisión. Ese tema ahora no interesa. Aparte de que muchos casos de omisión no son propiamente tales sino supuestos de actos concluyentes, tanto en el art. 307 ter como en el art. 305 se recoge expresamente la omisión. El legislador quiso salir al paso de eventuales objeciones doctrinales. Se habla tanto de simulación o tergiversación de hechos como de su ocultación.

También sobre la necesidad de que el engaño sea *bastante* subsiste una prolongada controversia. Si el error, por utilizar la famosa fórmula de un clásico tratadista, proviene más que del engaño de *la estúpida credulidad del sujeto pasivo* (a lo que cabría equiparar, la

desidia, la torpeza, la indolencia...) no habrá estafa. No cabrá establecer un nexo de imputación objetiva.

Trasladando esa doctrina a las defraudaciones tributarias o de cuotas de la seguridad social, tendríamos que la manifiesta desidia o negligencia o grosera ineficiencia en los mecanismos de control de la Administración concernida, rompería la imputación objetiva: si los pagos indebidos obedecen, más que a la conducta omisiva del sujeto activo, a esos clamorosos e intolerables déficits en los mecanismos de supervisión y control, no habrá defraudación en el sentido exigido por estos tipos penales. Podría haber, en su caso (si no estuviésemos ante un tipo especial), otra infracción (negativa a devolver lo indebidamente cobrado como apropiación indebida en tipo reformateado en 2015).

Nótese en cualquier caso, que el art. 307 ter no utiliza como verbo típico el clásico "defraudar", sino "obtener". No hay que exacerbar las conclusiones a extraer de ese matiz (en el siguiente párrafo se habla de importe "defraudado"); pero es indicativo de algo. La traslación de los requisitos de la estafa puede ser, en alguna medida, dulcificada.

Aquí, ciertamente, la Administración concernida fue avisada del fallecimiento del beneficiario por su viuda que lo hizo para reclamar su pensión personal. Seguramente por razón de una burocracia oxidada, esa comunicación no produjo las rectificaciones lógicas cancelando el pago de la pensión originaria, al tiempo que se activaba la de viudedad, incompatible con aquélla. De ello se aprovechó el recurrido que continuó cobrando la pensión durante quince años, cuando ya había fallecido no solo el directo beneficiario, sino también su viuda (lo que, por cierto, no comunicó, más que cuando le fue advertido unos meses después).

Es claro que existió negligencia en la administración de la Seguridad Social Instituto Social de la Marina). Pero no puede decirse que con ello quebrase de forma absoluta el nexo de imputación objetiva con el comportamiento del beneficiario durante el largo tracto temporal en que se desplegó la anómala situación. La actitud omisiva (más bien, actos concluyentes: mantenimiento de la cuenta a nombre del finado, cobros periódicos...) del acusado se convirtió ante esa prolongada situación en concausa relevante y no desdeñable. El acusado no solo mantuvo silencio, sino que alimentó el error de forma deliberada (como demuestra el episodio posterior con la pensión de viudedad). Junto a su actitud silente, además, sorteó otros mecanismos de control a que estaba obligado (episodio del DNI, aunque esto solo puede ser usado como elemento probatorio, corroborador o indiciario pues no se recoge en el hecho probado) y que hubiesen puesto de manifiesto la improcedencia de esos ingresos periódicos. Ocultó al Banco el fallecimiento de dos titulares de la cuenta y la mantuvo abierta simulando ser cotitular cuando únicamente había sido incluido como consecuencia de un mandato de gestión.

Aún reconociendo tanto que la situación es fronteriza como la solidez en abstracto de la argumentación del Tribunal Superior de Justicia, entendemos en este caso que el hecho satisface las exigencias del art. 307 ter, sin que pueda abrirse paso, por tanto, el tipo que podría ser subsidiario (art. 254 CP): el silencio prolongado ante esas percepciones, aparentando que todo estaba en orden, es ocultación.

La tesis que funda la sentencia de apelación, correcta en abstracto, no puede hipertrofiarse hasta legitimar penalmente actitudes que, rebasado el simple aprovecharse del error del perjudicado, lo nutren y ayudan a perpetuarlo.

El motivo debe ser estimado.

SEXTO.- La estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas procesales (art. 901 LECrim).

F A L L O

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

Síguenos en...



1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por el **INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA (ISM)** contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 23 de marzo de 2022, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Sexta) seguido frente a Cornelio por delito contra la Seguridad Social.

2.- Declarar las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 2871/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de enero de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Instituto Social de la Marina (ISM) contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 23 de marzo de 2022 que estimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Sexta). La anterior resolución ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

Síguenos en...



FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Las razones expuestas en la sentencia de casación explican por qué los hechos pueden incardinarse en el art. 307 ter CP en la forma que concluyó la Audiencia Provincial.

FALLO

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

Se condena al acusado como autor de un delito del art. 307 ter CP en la forma en que acordó la sentencia de la Audiencia Provincial cuya eficacia se repone.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA, A LA SENTENCIA NÚM 1191/2024 DE FECHA 27 DE ENERO DE 2025, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 2871/2022.

Con el respeto de siempre hacia los criterios expresados en la sentencia dictada sobre la base del muy mayoritario acuerdo de mis compañeros, expreso mi discrepancia con la decisión adoptada. A mi parecer, el recurso de casación debió ser desestimado, confirmando así la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, si es que no se consideraba posible, ya en este momento, explorar otras alternativas, sensiblemente más benignas para el acusado (artículo 254 del Código Penal), en lo referente al título de imputación invocado por las acusaciones.

Las razones que sustentan mi discrepancia son las que siguen:

1.- El sistema de Seguridad Social presenta una naturaleza "presupuestaria", en el sentido de que aparece compuesto por dos facetas, distinguibles entre sí, pero indispensablemente complementarias. Por un lado, resulta preciso contemplar el modo en que la Seguridad Social se financia, obteniendo los recursos para poder atender a sus finalidades (aspecto recaudatorio); y, por otro, la Seguridad Social habrá de proceder a una distribución entre sus beneficiarios de los recursos disponibles, función que se concreta en las prestaciones y asistencia social que le incumbe (gasto social). Vale decir que a la protección penal de la primera de esas facetas se orienta el artículo 307 del Código Penal, mientras que de la segunda se ocupa la norma que centra ahora nuestra atención: el artículo 307 ter del mismo texto legal.

2.- El artículo 307 ter resultó introducido en el Código Penal a medio de la reforma producida por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que entró en vigor el 17 de enero siguiente. Se pretendía con dicha modificación normativa, conforme explicaba su exposición de motivos, obtener un tratamiento penal diferenciado a la obtención *fraudulenta* de ayudas y subvenciones, "ofreciendo una respuesta eficaz frente a los supuestos de *fraude* con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social".

Nuestra sentencia número 42/2015, de 28 de enero, explica que hasta el momento de la entrada en vigor de la norma citada, la jurisprudencia, --refiere la sentencia comentada varios ejemplos de ello--, consideraba que el fraude en la percepción de prestaciones por desempleo debía reputarse incluido en las previsiones del artículo 308 del Código Penal (fraude de

Síguenos en...



subvenciones); mientras que, cuando de pensiones se trataba, esta Sala, también con cita de varias sentencias que así lo proclaman, *"recondujo los supuestos de defraudación al delito de estafa"*. Por eso, la resolución referida afirmaba: *"[E]l nuevo artículo 307 ter se incorpora al panorama normativo como ley especial en las defraudaciones que afectan al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones"*.

3.- Así parece también aceptarlo la sentencia con la que discrepo, no sin ciertos matices, subrayados también por la doctrina científica, que puedo asumir sin objeción sustancial. Nuestra sentencia señala, y en este punto coincido con sus razonamientos plenamente, que la acción u omisión engañosa en esta clase de fraudes, *"al igual que en la estafa debe provocar el error en la Administración. Ha de darse una relación de causa a efecto entre aquella acción u omisión, el error y el otorgamiento o prolongación indebida de la prestación que disfruta el agente. Ocultar un fallecimiento se considera engaño idóneo y bastante"*.

Ciertamente, la conducta típica que se describe en el artículo 307 ter del Código Penal, --tipo mixto alternativo--, se concreta en: la obtención fraudulenta; la prolongación indebida del disfrute; y la facilitación a otros de la obtención o prolongación fraudulenta de prestaciones. Todas estas modalidades han de ser provocadas a medio de un error producido mediante la simulación o tergiversación de hechos o de la ocultación consciente de aquellos que el autor tenía el deber de poner en conocimiento de la Administración (la competencia del sujeto activo ha de abarcar, por eso, el referido deber). Esa mendacidad penalmente censurable, y que ha de estar en el origen de la prestación indebidamente obtenida o en el mantenimiento de aquella, desde luego, concurre cuando se oculta el fallecimiento del titular de la prestación (conducta omisiva) con el designio de continuar percibiendo, ya indebidamente, aquella. Son también innumerables los antecedentes jurisprudenciales que así lo proclaman.

4.- Sucede, sin embargo, y en ello radica la particularidad distintiva del caso --que no ha pasado desapercibida a mis compañeros asumiendo que *"la situación es fronteriza"* y ponderando la solidez *"en abstracto"* de los razonamientos que se contienen en la sentencia impugnada--, que el condenado aquí no ocultó a la Administración de manera ninguna (no resulta así del relato de los hechos que se declaran probados), el fallecimiento de su padre.

Pero no solo esto. Don Faustino falleció el 8 de marzo de 1999, personándose su viuda, solo unos días después, en las dependencias del Instituto Social de la Marina para solicitar las prestaciones que le correspondían, precisamente, como consecuencia del fallecimiento de su marido, que acreditó aportando el correspondiente certificado de defunción. Es claro, en consecuencia, que no solo no se ocultó a la Seguridad Social el fallecimiento de don Faustino, sino que, muy poco después de producirse, se declaró y justificó cumplidamente ante el órgano administrativo competente, al punto que le fue reconocida a doña Margarita la pensión de viudedad que le correspondía, llegando, incluso, a abonarse ésta periódicamente en la misma cuenta bancaria en la que, por un grueso error administrativo al que el aquí condenado resulta por completo ajeno, se continuó ingresando también la pensión del fallecido don Faustino. Con posterioridad a que se comunicara la defunción de su padre a la Seguridad Social, el ahora condenado, *"se incorporó como titular a la cuenta bancaria de sus padres y a partir de ese momento fue el único que la gestionó"*. Mal puede así, a mi juicio, considerarse que el aquí condenado ocultara a la Seguridad Social el fallecimiento de su padre, circunstancia ya conocida por la Administración hasta el punto de que vino abonando regularmente y hasta que ella murió (el 25 de febrero de 2005), en esa misma cuenta bancaria, la pensión de viudedad que a doña Margarita correspondía. Los abonos correspondientes a la pensión de don Faustino se siguieron produciendo hasta el día 6 de julio de 2015, *"fecha en la que Caixabank comunicó al Instituto Social de la Marina el fallecimiento de Faustino"*.

5.- Como no podía ser de otro modo, la sentencia de la que discrepo no ignora que, en efecto, tuvo la Administración puntual conocimiento del hecho que habría debido determinar el cese de la prestación, atribuyendo a razones de *"oxidada burocracia"* que dicha comunicación debida no hubiera producido *"las rectificaciones lógicas cancelando el pago de la pensión"*. A ello, aun podría añadirse que, tal y como resulta del relato de los hechos que se declaran probados, también la entidad bancaria *"incumplió la obligación de control de la pervivencia del titular de la"*

pensión, 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".

En cualquier caso, consideran mis compañeros que la actitud omisiva (más bien, explican, actos concluyentes) del aquí condenado se convirtió "*ante esa prolongada situación en concausa relevante y no desdeñable*" del cobro indebido de las prestaciones. El acusado, explican, no solo se mantuvo en silencio, sino que alimentó el error de forma deliberada. Para añadir que, aunque en general son atendibles los razonamientos expresados en la sentencia dictada por el Tribunal Superior, en este caso consideran que el hecho "*encaja en el art. 307 ter, sin que entre por tanto en juego el tipo que podría ser subsidiario (art. 254 CP): el silencio prolongado ante esas percepciones, aparentando que todo estaba en orden, es ocultación*". Para concluir observando que no pueden legitimarse penalmente "*actitudes que, rebasado el simple aprovecharse del error del perjudicado, lo nutren y ayudan a perpetuarlo*".

6.- Es en estas últimas consideraciones en las que se centra mi discrepancia. Por descontado, la conducta protagonizada por el condenado en esta causa, consistente en lo esencial en apropiarse de la pensión de jubilación que correspondía a su fallecido padre durante varios años, resulta censurable. Se trató, desde luego, de un cobro indebido que se sostuvo en el tiempo, aprovechándose el condenado del grueso error padecido por la Administración. Incluso, podría tratarse, a mi juicio, de un comportamiento penalmente censurable (en los ya referidos términos previstos en el artículo 254 del Código Penal). En lo que discrepo del parecer mayoritario es en que aquella conducta se alcance para colmar las exigencias del tipo penal previsto en el artículo 307 ter, en la medida en que este exige, como la propia sentencia determina, la existencia de alguna clase de conducta mendaz, activa u omisiva, que se encuentre en el origen del acto dispositivo, sin conformarse con un mero aprovechamiento de una situación creada, mantenida, y que siempre estuvo bajo el dominio de la propia Administración. Es preciso, a mi parecer, el concurso de alguna clase de conducta fraudulenta (orientada a obtener la posesión de lo finalmente apropiado) y no el simple aprovechamiento indebido de la situación provocada por razones ajenas a los deberes de competencia de su protagonista. No puedo acompañar los razonamientos de la sentencia en el sentido de que, en el caso, el silencio prolongado equivalga a ocultación. ¿Cómo podría ocultarse la existencia de algo ya revelado, conocido por la Administración y que dio lugar, incluso, al abono de la correspondiente pensión de viudedad, cuando por definición se trata de un hecho irreversible e inmodificable?. Solo morir permanece.

A mi parecer, la conducta de quien, a través de un engaño, activo u omisivo (o de actos concluyentes) determina un error que genera la existencia de un desplazamiento patrimonial indebido no equivale, tampoco penalmente, a la de quien, consciente de la indebida recepción de un determinado bien, aprovecha el error ajeno, en cuya génesis no tuvo intervención alguna, para apropiarse con vocación definitiva de lo indebidamente recibido. En el caso, la Administración tenía, siempre tuvo desde muy poco después de que se produjera, conocimiento de la muerte del padre del aquí condenado. No solo conocía esta triste circunstancia, sino que, como no podía ser de otro modo, asoció a la misma los efectos jurídicos que le eran propios en lo atinente a otorgar y satisfacer periódicamente la correspondiente pensión de viudedad a doña Margarita. En mi opinión, no puede considerarse, sin incurrir en una interpretación extensiva de lo previsto en el artículo 307 ter del Código Penal, que el prolongado silencio del acusado contribuyera causalmente en forma alguna a mantener el error padecido por la Administración, salvo que se entienda que aquél estaba obligado a corregir o supervisar la actividad de esta y, por tanto, a rectificar o contribuir a rectificar los eventuales errores en los que pudiera haber incurrido. La Administración conocía la existencia de un hecho irreversible e inmutable, cual lo fue el fallecimiento del padre del aquí condenado, que no requería, en consecuencia, ninguna información complementaria o actualización ni por parte del acusado ni de ninguna otra persona. Pudo, y debió, en cualquier momento y actuando de oficio, rectificar el absurdo error que le llevó durante años a mantener simultáneamente la pensión de jubilación del fallecido y la de viudedad (prestaciones que se abonaban, incluso, en la misma cuenta bancaria). Por error, solo a ella imputable, tanto en su origen como en su permanencia, mantuvo, sin embargo, durante años el pago de las pensiones

Síguenos en...



de jubilación que al fallecido correspondían, cantidades de las que indebidamente se apropió el aquí condenado.

En realidad, cualquier prestación indebida satisfecha por la Seguridad Social habrá de obedecer a alguna clase de error acerca de sus adecuados presupuestos (temporales, médicos o de cualquier otra naturaleza). Si este error es generado por el beneficiario último de la prestación indebidamente conseguida, bien a través de conductas activas u omisivas (por ejemplo, omitiendo participar el fallecimiento del beneficiario), la conducta deberá ser calificada penalmente como constitutiva de un delito de los previstos en el artículo 307 ter del Código Penal. Ahora bien, a mi juicio, una vez puesto en conocimiento de la Administración el hecho que debió dar lugar al cese inmediato de la prestación, que indebidamente y por error solo a ella imputable se continuó abonando, el simple aprovechamiento de las consecuencias de este error, con resultar censurable, no constituye una conducta defraudatoria hábil para integrar las exigencias típicas del artículo 307 ter, so pena de favorecer una suerte de "inflamación" del tipo penal que desplaza al beneficiario último de la prestación indebida la obligación (la competencia) de corregir o supervisar al órgano administrativo al mismo nivel de reacción penal que el reservado para quien, de forma activa u omisiva, provocó el error padecido.

En definitiva, y frente a lo exigido por el tan citado artículo 307 bis del Código Penal, la prolongación indebida de la prestación (en el caso, la pensión de jubilación del fallecido padre del condenado aquí) no se produjo como consecuencia de un error *"provocado mediante la simulación o tergiversación de los hechos ni por la ocultación consciente de otros de los que tuviera el acusado el deber de informar"*, sino que trae causa eficiente exclusiva de la propia negligencia de la Administración que, pese a conocer el fallecimiento del beneficiario, no lo tuvo en consideración, manteniendo indebidamente el pago de la prestación. Por eso, considero, ya para terminar, que el recurso debió ser desestimado si es que no se entendía posible, ya en este momento, explorar otras alternativas, sensiblemente más benignas para el acusado (artículo 254 del Código Penal), en lo relativo al título de imputación invocado por las acusaciones.

Leopoldo Puente Segura.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

