

Roj: STS 2360/2017 - **ECLI:**ES:TS:2017:2360

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1551/2016

Nº de Resolución: 425/2017

Fecha de Resolución: 13/06/2017

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito continuado de estafa. Percepción por el acusado de un total de 288.298€45 euros, correspondientes a la pensión de incapacidad permanente absoluta de la Seguridad Social concedida a su padre, y que siguió cobrando, desde el fallecimiento del último, ocurrido en 25-2-1998, hasta enero de 2013. Presunción de inocencia. Suficiencia de la prueba. Doctrina de la Sala. Infracción de Ley. Elementos de la estafa. Existencia de engaño. Hubo 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 y de la entidad bancaria a través de la que se efectuaron los pagos, hubieren fallado. Doctrina de la Sala. Compatibilidad de la acción penal por estafa y de la acción civil ex delicto, ejercitada contra el acusado, de modo que 117.748€04 euros, quedaron trabados a resultas del procedimiento, y 84.157€98 objeto de la condena, con el procedimiento administrativo de retrocesión a la Seguridad Social mediante el que ésta logró el reintegro de la entidad bancaria de los 86.392€43 euros correspondientes a las pensiones de los últimos cuatro años; y con la acción civil, y sentencia a su favor obtenida (por allanamiento de los demandados) dirigida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Comunidad Hereditaria del fallecido, sustentada en el cobro de lo indebido respecto de la cantidad que no puede ser objeto de retrocesión a cargo de la entidad bancaria de acuerdo con la normativa de Gestión Financiera de la Seguridad Social. La prejudicialidad penal establecida en el artículo 114 de la LECr., según el que "promovido juicio criminal en averiguación de delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole en el estado en que se halle", evitará que en la ejecución civil pudiera hacerse efectiva una pluspetición, una acumulación de títulos ejecutivos, y en suma, un enriquecimiento injusto por parte de la entidad pública ejecutante.

Encabezamiento

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de Casación con el nº [1551/2016](#) , interpuesto por la representación procesal de **D. Prudencio** , contra la sentencia dictada el 14 de Junio de 2016 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, en el Rollo de Sala nº 53/2015, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 1720/2014 del Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Santander que condenó al recurrente, como

autor responsable de un delito **continuado de estafa** , habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Prudencio, representado por el procurador D. Javier Gómez Santos; y defendido por el letrado D. Eduardo Sánchez-Cervera García; y como parte recurrida, la acusación particular **Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social**, representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1720/2014 en cuya causa la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santander, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 14 de Junio de 2016, que contenía el siguiente **Fallo:** "Que debemos condenar y condenamos a Prudencio como autor penal y civilmente responsable de un delito continuado de estafa agravado ya definido a la pena de dos años de prisión, multa de ocho meses a razón de una cuota diaria de 6 euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a que indemnice a la Tesorería General de la Seguridad Social en la suma de 84.157,98 euros con los intereses del art. 575 de LEC, debiendo absolverse de los pedimentos deducidos en su contra en materia de responsabilidad civil a la Entidad BBVA.

Procédase a la entrega definitiva a la TGSS de la suma que consta ya ingresada en la cuenta de consignaciones ascendente a 117.748,04 euros, con imposición de las costas al condenado."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : "ÚNICO: Ha resultado probado, y así se declara, que D. Marco Antonio, padre de quien hoy es acusado Prudencio tenía reconocida por la Seguridad Social, una pensión de incapacidad permanente absoluta que en el año 1998 ascendía a 182.695 pesetas mensuales, cuya cuantía se iba incrementando anualmente conforme a la correspondiente revalorización de las pensiones públicas, alcanzando en enero de 2013 la cifra de 1.588,42 euros al mes; mensualidades estas que se ingresaban en la Cuenta Corriente nº NUM000 del BBVA, abierta en la oficina de dicha Entidad sita en la C/ Nicolás Salmerón nº 3 de Santander ,de la que era titular el Sr. Marco Antonio, y en la que figuraba como única persona autorizada Prudencio.

D. Marco Antonio falleció el 25 de febrero de 1998.

A partir de dicha fecha Prudencio, mayor de edad y sin antecedentes penales, con evidente ánimo de lucro ilícito, ocultó a la Seguridad Social y a la entidad bancaria BBVA que su padre había fallecido, y permitió que desde febrero de 1998 hasta enero de 2013 continuaran ingresándose de forma indebida y sin solución de continuidad, en la referida cuenta corriente, las cuantías mensuales correspondientes a la pensión de la que había sido beneficiario su padre ya fallecido.

El total de lo indebidamente ingresado por la Seguridad Social en la forma descrita ascendió a 288.298,45 euros.

Prudencio, única persona autorizada en la cuenta corriente de su padre, desde el fallecimiento de éste y hasta enero de 2013, realizó múltiples operaciones de

reintegro en efectivo con cargo a la cuenta en la que se ingresaba indebidamente la pensión referida, así como transferencias, traspasos de fondos, y domiciliación de algunos recibos, en concreto los correspondientes a dos líneas telefónicas de las que era titular ascendiendo la cantidad de la que dispuso ilícitamente a la suma de 84.157,98 euros.

Iniciado el correspondiente procedimiento administrativo de retrocesión, la Seguridad Social consiguió el reintegro por parte del BBVA de 86.392, 43 euros, correspondientes a las pensiones de los últimos cuatro años, no siendo posible la de los años anteriores por no permitirlo la normativa aplicable.

En virtud de Auto 10 de noviembre de 2014 el Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander trabó embargo preventivo sobre la cantidad que obraba en esa fecha en la cuenta corriente del BBVA referida y que ascendía a 117.748, 04 euros."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado, anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 22 de julio de 2016, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

CUARTO.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 19 de Septiembre de 2016, el procurador D. Javier Gómez Santos, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos:**

Primero.- Por **infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 852 LECr, por infracción del art. 24.2 CE, respecto del principio de **presunción de inocencia**.

Segundo.- Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación del art. 248.1 CP.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr, por **error de hecho en la apreciación de la prueba**.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr, por **error de hecho en la apreciación de la prueba**.

Quinto.- Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación del art. 21.4 CP.

Sexto.- Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida inaplicación de los arts. 109. 2 CP.

Séptimo.- Por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 851.3º LECr por no resolver cuestiones planteadas oportunamente por la defensa del acusado.

QUINTO.- El Ministerio **Fiscal** y la **acusación particular**, por medio de escritos fechados el 4 de noviembre y 6 de octubre de 2016, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

SEXTO.- Por providencia de 23 de mayo de 2017 se declaró el recurso

admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **6 de junio de 2017** en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se centra en **infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 852 LECr, por infracción del art. 24.2 CE, respecto del principio de **presunción de inocencia**.

1. Discutiendo la existencia del elemento subjetivo, afirma el recurrente que no hay prueba de que ocultara, de modo consciente y deliberado, a la Seguridad Social el fallecimiento de su progenitor. Añade que existen elementos indiciarios contrarios a la tesis acusatoria, tales como: que dispusiera solo de 84.000 euros de los 288.000 abonados por error; el poder que le autorizaba para disponer no incluye la facultad para consultar saldos, sin que exista documento indicativo de que tuviera conocimiento del saldo; en el año 2.006 se endeudó con una entidad financiera poniendo como garantía hipotecaria la vivienda de su esposa, dato indicativo de que desconocía el saldo; en el año 2.013, el acusado alertó a la Seguridad Social del error que estaba padeciendo; la Seguridad optó por reclamar ante la vía civil y obtuvo una sentencia favorable; se comunicó el fallecimiento al Registro Civil y el acusado colaboró en el procedimiento civil, lo que permitió la retrocesión automática de los fondos.

Todo ello debería generar al menos una duda razonable sobre la intencionalidad cuando dispuso de los fondos, duda que ha de ser interpretada en beneficio del reo, excluyéndose el dolo y llevando a su absolución.

2. Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en

los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

3. En el caso que nos ocupa, el elemento subjetivo, consistente en el conocimiento por el acusado de que la Seguridad Social, tras el fallecimiento de su padre en 25-3-98, continuaba ingresando la pensión, se infiere naturalmente de los elementos objetivos que figuran en el relato histórico: el acusado era la única persona autorizada en la cuenta y, tras la muerte del padre, realizó múltiples operaciones de reintegro en efectivo, transferencias, traspasos de fondos y domiciliación de algunos recibos. Tales datos de inequívoca significación indican, según la lógica y común experiencia, que conocía las incidencias, los movimientos y el saldo de la cuenta. En el fundamento de derecho segundo, se justifica razonablemente la presencia del elemento subjetivo. Dice el Tribunal que: "no cabe negar este conocimiento, dado que él era el único que estaba autorizado en dicha cuenta desde tiempo atrás de la muerte de su padre y de la limitación que éste tenía para gestionar sus recursos, lo que motivó que fuera él quien se encargara de disponer de los fondos de la cuenta".

Las alegaciones del motivo carecen de valor para desvirtuar la convicción de culpabilidad. Los contraindicios son abiertos y no concluyentes. Que dispusiera solo de parte de los fondos no significa que desconociera que seguía ingresándose la pensión; la posibilidad de conocer el saldo por el autorizado es evidente, quien tiene capacidad puede disponer de los fondos puede conocer el saldo, es obvio y además lo declaró el Director del Banco; que se endeudara constituyendo un hipoteca puede indicar que decidió no disponer de más fondos, no que desconociera el saldo; y, finalmente, la comunicación a la Seguridad Social del abono por error de la pensión, después de casi ocho años del fallecimiento, no elimina el dolo de las disposiciones de dinero ya consumadas, a sabiendas de que se había producido el fallecimiento, que intencionadamente ocultó durante tanto tiempo.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- Como segundo motivo se esgrime **infracción de ley**, al amparo delart 849.1 LECr, por indebida aplicación delart 248.1 CP.

1. Se sostiene que no se da el elemento básico del delito, constituido por el engaño previo y suficiente, con el argumento de que no pudo cometer un engaño por omisión, pues comunicó en el momento pertinente la defunción de su padre al Registro Civil, mediante el único procedimiento que estaba obligado a seguir, ya que su padre marino mercante jubilado, no pertenecía a las clases pasivas del Estado y tampoco percibía una pensión de jubilación, sino de invalidez permanente; no resultando de

aplicación la OM de Hacienda de 7-5-81, sino la O. de 22-2-96, para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la Gestión Financiera de la SS, aprobado por RD 1391/1995, de 4 de agosto. Debiéndose la disposición a la mala coordinación de la institución de la Seguridad Social y la falta de control de vivencia del titular de la pensión que debió haber efectuado la entidad bancaria BBVA.

Y el recurrente sostiene que únicamente sería admisible como calificación alternativa la de apropiación indebida del actual art. 254 CP, prevista para los casos en que la cosa apropiada no se recibe ni en depósito, ni en comisión, ni en administración, pero de la misma no ha sido acusado, por lo que procede su absolución.

2. Ante todo debemos recordar que la vía casacional del art. 849.1, como se dice en la STS 589/2010, de 24-6, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr. (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECr.

En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr. han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

3. Por lo que se refiere al delito de estafa, como hemos visto hay que estar a cuanto se describe en el relato histórico de la sentencia. El recurrente niega la

existencia del engaño, pero los hechos dicen que el acusado ocultó el fallecimiento de su padre a la Seguridad Social y a la entidad bancaria a través de la que éste cobraba una pensión de incapacidad permanente, lo que determinó error en la entidad pagadora, que continuó abonando la pensión en la cuenta en que el acusado era autorizado único, y dispuso de parte de estos fondos en beneficio propio hasta enero de 2013.

Concurren todos los elementos que configuran el delito de estafa. Como, oportunamente indica la sentencia impugnada, la Jurisprudencia (Cfr.SSTS 661/95; 27-2-2011;26-3-2014) nos enseña que " *el engaño constituye la afirmación de hechos falsos como verdaderos o bien el ocultamiento de hechos reales; así cuando se omiten los comportamientos legales exigidos para evitar el resultado producido o cuando quienes tienen posición de garante para generar un riesgo serio para el patrimonio del acreedor no le comunican el riesgo inminente de incumplimiento y del consiguiente perjuicio patrimonial que hubiera podido evitar el resultado o cuando se omite facilitar la información obligada*" . . En efecto, no solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle

En este caso, continua diciendo con acierto la sentencia, el engaño consiste en la falta de comunicación del fallecimiento, siendo esta omisión la que determina el acto de disposición materializada a través de los pagos de la correspondiente pensión, tras el fallecimiento. Y muy a propósito, cita laSTS de 15 de julio de 2.004 que en un supuesto análogo condena por delito de estafa.

Así la **STS 915/2004, de 15 de julio** , contempla el caso de quien "tuvo voluntad de engañar a la entidad pagadora "La Caixa" 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 su suegra que era su titular , Es claro que tales maniobras engañosas provocaron sendos actos dispositivos del Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de la mencionada entidad bancaria que iba abonando cada mes en efectivo el importe de la referida pensión en perjuicio de tal entidad pública. Con lo cual quedan completos los requisitos exigidos para este delito de estafa en elart. 248 CP.

La recurrente, en esta primera parte de sus alegaciones, pone su énfasis en el adjetivo "bastante" que califica al sustantivo engaño. Ciertamente en alguna ocasión esta sala ha excluido este requisito del delito de estafa en algunos casos de extrema negligencia por parte de la persona engañada, cuando se incumple algo que ordinariamente se observa por constituir una obligación específica de los deberes profesionales y de ejercicio habitual en cada caso. Por ejemplo, cuando un empleado de banca, al recibir un cheque contra una cuenta corriente, no comprueba si tal cuenta tiene fondos disponibles para cubrir el importe del efecto.

Pero esto no ocurre con el cobro de una pensión de la Seguridad Social cuyo derecho se ha extinguido por fallecimiento de su titular . En estos casos no hay un deber habitual del funcionario correspondiente de examinar cada mes la edad de la titular del derecho o su supervivencia".Y esta resolución consideró el engaño consistente en ocultar el fallecimiento como idóneo y bastante y determinante del acto de disposición consistente en el pago del importe de la pensión.

Y la **STS 7/2000, de 8/01/2001** razona que" Reconocida expresamente la subsidiariedad de este motivo respecto al que le precede, una vez producido el fracaso

del mismo y, por tanto, permanecer inalterado el relato de hechos probados de la combatida, la pretensión ahora deducida necesariamente debe decaer ya que sus posibilidades de éxito sólo podrían tener expectativas de certeza de haberse rectificado la hipótesis fáctica en la que se sustenta la calificación jurídica cuestionada. Por el contrario, inmodificada aquélla y ante el respeto integral que a la misma impone el cauce casacional elegido, no cabe sino ratificar el anunciado fracaso del este planteamiento impugnativo que se sustenta en una afirmación fáctica distinta a la que se contiene en la primera premisa de la combatida, al afirmar "que las disposiciones efectuadas por la condenada se realizaron de cuentas de las que afirma no ser titular" cuando la sentencia de Instancia declara justamente lo contrario.

En todo caso, la alegación referida a la inexistencia de engaño necesario para apreciar el Delito de Estafa también debe ser rechazada, pues -según argumenta sintética pero certeramente la Acusación Particular de acuerdo con la fundamentación jurídica de la sentencia- la percepción durante largos años de cantidades que se sabe no corresponden a quien las recibe, sin poner en aviso al que efectúa el pago no puede considerarse como una conducta normal; cuando en realidad y, como con todo acierto, dice la recurrida, el engaño puede ser activo o positivo o, como ocurre en el presente caso, omisivo o pasivo, mediante el deliberado ocultamiento de datos o circunstancias que existiendo en la realidad, desconoce la víctima y cuyo conocimiento hubiera sido decisivo para evitar la disposición patrimonial. Además, el engañoso comportamiento de la acusada deja de ser meramente omisivo para alcanzar caracteres de una activa, mantenida y reiterada maniobra falaz que le permitió, a lo largo de un dilatado período de tiempo, seguir percibiendo las mensualidades que la Seguridad Social ingresaba en la entidad de ahorro en concepto de Pensión a pesar de no ser beneficiaria de dicha prestación. Tal contumacia y continuada engañosa hacen **inviable** la opción aplicativa que, en favor del art. 254 del Nuevo Código Penal **alternativamente** se sugiere en el Recurso, ya que dicho comportamiento constante ha sido decisivo en el mantenimiento del error y causalmente eficaz para, provocando las reiterados desplazamientos patrimoniales producidos, propiciar a virtud del Principio de Especialidad, la tipificación de la conducta enjuiciada como estafa.

Por su parte en la **STS 42/2015, de 28 de enero** , dijimos que. "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".

4. Como apunta la acusación particular, la única argumentación mantenida en el recurso se articula en torno a la no obligatoriedad del acusado de comunicar a la Entidad Gestora el fallecimiento del causante dado que sería la entidad bancaria la que debía de haber procurado el control de la pervivencia del titular con carácter anual, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.5 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de febrero de 1996.

Lo cierto es que esta obligación que se impone en el ámbito administrativo en nada obsta a la apreciación de la concurrencia de los elementos de la estafa, el engaño suficiente que caracteriza el dolo. Y ello es así porque lo determinante de la conducta del recurrente, lo que caracteriza la existencia del dolo, es el hecho de que conociendo el fallecimiento del causante de la pensión, su padre, y conociendo que en la cuenta de referencia se seguía ingresando la pensión correspondiente al fallecido, mantuvo ese engaño durante 15 años con el fin de continuar beneficiándose del ingreso de una pensión que no le correspondía en forma de disposición de efectivo, transferencias o domiciliaciones.

El incumplimiento de la obligación legal de comunicación configurada en el plano procedimental dará lugar a otro tipo de responsabilidades para los incumplidores. Pero en el ámbito de la responsabilidad penal del acusado lo determinante es haber mantenido en el engaño tanto a la Seguridad Social como a la entidad bancaria para, gracias a ello, seguir percibiendo una pensión que no le correspondía, sin que tal actuación pueda ser calificada simplemente de "temeraria" como se apunta en este motivo de recurso, al tratarse de un ocultamiento consciente y deliberado de un hecho esencial para poder seguir disfrutando de una pensión que no le correspondía.

En definitiva, queda acreditada la concurrencia de todos los elementos del tipo del delito continuado de estafa del artículo 248.1, en su modalidad agravada del artículo 250.5 CP, por lo que el motivo debe de ser desestimado.

5. Y aunque no ha sido objeto de discusión específica en nuestro caso, vamos hacer una somera referencia, por encontrarnos en un motivo por *error iuris*, al estudio que sobre la tipificación del relato fáctico de referencia realiza la antecitada STS 42/2015, de 28 de enero, a raíz de la reforma del CP efectuada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en materia, la cual recuerda que <<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 y 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 a 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 tratarse de una atribución patrimonial gratuita o a fondo perdido, es decir, no devolutiva; su otorgante 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.

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 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 más gravosa para el recurrente que la correspondiente a la estafa agravada por la que viene condenado, por lo que la aplicación retroactiva queda descartada".

En definitiva, por tanto, compartiéndose los razonamientos de la sentencia de instancia, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercero de los motivos se funda en infracción de ley, al amparo del art 849.2 LECr, por **error de hecho en la apreciación de la prueba** .

1. Denuncia el recurrente que la sentencia no incorpora en su relato fáctico, en primer lugar que en el año 2013 el Sr. Prudencio a través de su letrado puso en conocimiento de CAISS nº 14 de la Dirección Provincial del INSS el error que se estaba produciendo al seguir ingresando la pensión; y en segundo lugar el hecho de que la Tesorería General de la Seguridad Social y el INSS presentaron demanda en la vía civil en reclamación de 280.589,38 euros correspondientes a las cantidades abonadas por error.

A tales efectos, designa los documentos siguientes: el oficio de la Dirección Provincial del INSS en el particular siguiente: "*Se ha personado en el CAISS nº 14, de esta Dirección Provincial, Dº Cesar Rodero Pérez abogado de D. Prudencio, DNI NUM001hijo de D. Marco Antonio, DNI NUM002, para informar de que la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta reconocida al padre de su cliente, continúa abonándose, a pesar de haber tenido lugar su fallecimiento el 25/2/1998*", y la demanda civil presentada por la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Seguridad Social, por los mismos hechos enjuiciados en las jurisdicción penal y el Decreto de Admisión a trámite. El recurrente entiende que tales documentos excluyen el dolo o, subsidiariamente, determinan la aplicación de la atenuante de confesión.

2. Con relación al motivo basado en el **error facti** , éste sólo puede prosperar -como indica la STS de 26-3-2004, nº 382/2004- cuando a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros medios probatorios "de al menos análoga consistencia, credibilidad y fiabilidad", pues dado que no existen en el proceso penal pruebas reinas o excluyentes, todas son aptas para propiciar la íntima convicción del artículo 741 del código procesal. Mediante el empleo del motivo tanto puede perseguirse la adición como la modificación o supresión de un pasaje del "factum", pero dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posteridad, sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan.

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que

ofrece ese otro o esos otros medios probatorios. De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de Casación, lo que está vedado.

Igualmente, en este sentido, se ha mantenido que la prueba personal obrante en los autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SSTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997, entre muchas otras).

La contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

3. Lo cierto es que con arreglo a tales parámetros ninguno de los documentos invocados desvirtúan la valoración de la existencia del dolo considerado en la sentencia que se recurre. El hecho de que el Sr. Prudencio comunicara 15 años después de haberse producido el fallecimiento de su padre, mientras había estado percibiendo la pensión que correspondía al fallecido, no impide la apreciación del dolo acreditado por la ocultación del fallecimiento durante 15 años para poder seguir beneficiándose de la pensión de su padre fallecido, como así hizo. Cabría preguntarse por qué lo comunicó en febrero de 2013. Como vimos, en enero de 2013 entró en vigor la reforma del Código Penal operada por LO 7/2012 por la que se configuró un nuevo delito de fraude de prestaciones de Seguridad Social. Coincidiendo con su entrada en vigor las Entidades bancarias intensificaron sus controles. Solicitada información por la Entidad Bancaria -testificalmente así consta- es cuando el Sr. Prudencio, ante la imposibilidad ya de ocultar por más tiempo el fallecimiento de su padre, comunica al INSS dicho fallecimiento.

Como se recoge en el escrito de defensa -según resalta la acusación particular-presentado por la representación del Sr. Prudencio, (Hecho Primero, tercer párrafo): "Mi mandante (el Sr. Prudencio) recibió la llamada de un empleado de la sucursal de BBVA... a principios del año 2013 por la que se le informaba que en la cuenta titularidad de su padre en la que estaba autorizado se estaba ingresando mensualmente la pensión que éste tenía concedida por parte de la Seguridad Social". En ese momento, 15 años después del fallecimiento y de estar disponiendo del efectivo correspondiente a la pensión de su padre fallecido, cuando el Sr. Prudenciove imposible seguir manteniendo el engaño tras la llamada del empleado de la sucursal bancaria, es cuando se dirige al INSS para comunicar que su padre había fallecido. Curiosamente esa llamada previa desde la sucursal no vuelve a tener protagonismo en la defensa del acusado.

En definitiva, esa supuesta comunicación espontánea 15 años después no fue tal y en nada altera la apreciación de la existencia del dolo a tenor de las pruebas que fueron objeto de valoración por la Audiencia Provincial de Cantabria.

Por lo que se refiere al segundo de los documentos, la demanda civil

presentada por la Seguridad Social frente a la comunidad hereditaria sólo se alega por el recurrente para destacar que en la misma se decía por la Seguridad Social que había habido una excelente colaboración del Sr. Prudencio con la Seguridad Social. Respecto de esta alegación sólo decir que nada tiene que ver con la actuación de ocultación y disposición que había mantenido el Sr. Prudencio durante 15 años.

Insistimos en que, como ha reiterado esta Sala, no es función casacional analizar la valoración de la prueba en cuanto no puede combatir la inmediación del tribunal y su percepción directa de la prueba practicada en el plenario, sino sólo si ha existido error en la misma por no atenderse a las reglas de la lógica y de la experiencia o por un defectuoso razonamiento deductivo. Por esta representación se considera que no cabe concluir que haya existido error en la valoración de la prueba practicada ya que la misma se ha producido según las reglas de la lógica al no haber ninguna otra alternativa razonable para explicar los hechos.

La inducción practicada por el Tribunal es razonable, no es arbitraria o infundada, sino que responde plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que existe un enlace preciso y directo, sin que quepa apreciar error por parte del Tribunal en la valoración de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo se **formula** por infracción de ley , al amparo del art 849.2 LECr, por **error de hecho en la apreciación de la prueba** .

1. El error consiste para el recurrente en la no incorporación en los hechos probados de la sentencia civil que ya le condena al pago de las cantidades indebidamente ingresadas, permitiendo una duplicidad de reclamaciones por los mismos hechos, y los consiguientes pronunciamientos condenatorios en vía civil y penal, respecto de las cantidades que no se pudieron obtener por retrocesión en el procedimiento administrativo instado por la SS..

El recurrente así designa la sentencia nº 115/2015 -aportada el día del juicio del juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid que condena a la comunidad hereditaria formada por D. Prudencio y su hermano al pago de 200.358, 69 euros, correspondiente a las cantidades abonadas por la Seguridad Social relativas a la pensión del padre de aquellos que no pudieron ser retrotraídas. Dice que los hechos probados omiten este dato que tiene relevancia en el pronunciamiento civil porque la Seguridad Social dispone ya de un título ejecutivo para resarcirse del daño, por lo que el perjudicado tendría duplicidad de títulos.

2. Para no reiterar las exigencias para la prosperabilidad de una censura de «error facti», nos remitimos a lo ya manifestado en relación al motivo anterior. Se refiere ahora el recurrente al mismo documento que designaba en el motivo, la demanda civil presentada por la Seguridad Social frente a la comunidad hereditaria, pero con otra finalidad. También ha de ser desestimado este motivo dado que con absoluta claridad la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria recoge dicho documento. En efecto, en su Fundamento de Derecho Primero, alude a que "...los hechos que se declaran probados, lo han sido básicamente por las declaraciones del acusado...y por la documental obrante en autos consistente en testimonio de la sentencia recaída en procedimiento civil nº 59/2015 que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid...". De forma que sí que se ha incorporado dicho

documento ya que específicamente se cita como base de la valoración de la prueba. Otra cuestión es que el recurrente no comparta la valoración efectuada por la Sala, en cuyo caso nos remitimos a las argumentaciones esgrimidas por esta representación en la impugnación al motivo Primero en relación al principio de libre valoración de las pruebas establecida por el artículo 741 de la LECrim, de forma que la razonabilidad de la decisión condenatoria que concluye con la presunción de inocencia es de exclusiva responsabilidad de los tribunales ordinarios.

La sentencia dictada en el procedimiento civil no tiene valor para producir la modificación del pronunciamiento civil de la sentencia impugnada. En la parte civil que condena a indemnizar a la Seguridad Social con 84.157,98 euros.

En realidad, lo que el motivo denuncia es la existencia de un doble pronunciamiento sobre el mismo objeto, es decir de cosa juzgada, cuestión que se plantea por la vía de infracción de ley en el motivo sexto, al que no remitimos.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- Subsidiariamente a los anteriores, el quinto motivo se basa en **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación del art. 21.4, y en su defecto de la circunstancia analógica del art. 21.7 CP.

1. Concreta el recurrente su reclamación en la no aplicación de la circunstancia atenuante de confesión, en cuanto la sentencia no incluye en sus hechos probados la comunicación que, a iniciativa de D. Prudencioso realizó al INSS el 23 de febrero de 2013, plasmada en el oficio del propio INSS (fº 26) de forma clara, patente e incontrovertible. Habiéndose efectuado ello con anterioridad a que se iniciara el procedimiento administrativo de retrocesión y más aún al inicio del procedimiento penal.

2. Se recoge en el art. 21.4 CP, como circunstancia atenuante "la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades". Subsidiariamente considera de aplicación la prevista en el artículo 21.7ª CP "Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores."

En el supuesto de la atenuante del artículo 21.4ª CP nos encontraríamos ante la confesión antes de que conozca la existencia del procedimiento judicial y la contemplada en el artículo 21.7 daría cobijo a la atenuante de confesión tardía de los hechos, que aunque no viene mencionada así en el Código Penal, viene siendo aplicada como atenuante analógica dentro del artículo 21.7 CP.

No resulta de aplicación ninguna de las atenuantes pretendidas, y así se estimó por la Sala, puesto que en ambos casos se requiere que la confesión sea útil para la investigación, facilite el desenlace de la investigación. No queda justificado que cualquier confesión, incluida la tardía, sirva como atenuante cuando nada aporta a la investigación por tratarse de un caso de características absolutamente claras y diáfanas.

La justificación de estas atenuantes contempladas en el Código Penal es la colaboración con la Administración de Justicia, razón por la que resulta fundamental que la confesión se realice ante las autoridades y antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra el que confiesa. Como ha reiterado la

jurisprudencia de esta Sala esta confesión ha de ser útil, excluyendo los supuestos en los que la aparente confesión se produce cuando ya no existe posibilidad de ocultar la infracción o de eludir la acción de la justicia. Tampoco se valorará como atenuante cuando se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El sexto motivo se funda en **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por indebida inaplicación de los arts. 109. 2 CP.

1. Se considera infringida la mencionada norma porque el perjudicado había optado por la reclamación en vía civil, no pudiendo simultanear la reclamación en la vía civil y en la penal.

2. El art 109 del CP, tras señalar que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados, añade en su punto 2 que "El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil".

La situación que se produce en el supuesto enjuiciado difiere notablemente de la doble reclamación que denuncia el recurrente y ello es así porque no coinciden las partes en ambos procedimientos ni es la misma la causa de pedir. La responsabilidad civil derivada del delito es una, y la responsabilidad de la Comunidad hereditaria por cobro de lo indebido es distinta de la anterior, sin perjuicio de que obtenida la responsabilidad civil derivada del delito a cargo de uno sólo de los herederos, en el importe total de la condena, se ponga fin a la ejecución que hubiera procedido en el ámbito civil donde se determinó la responsabilidad solidaria de ambos coherederos.

En el procedimiento penal que finalizó por la sentencia de la AP de Cantabria que se recurre, de 14 de junio de 2016, se siguen las actuaciones sólo frente a D. Prudencio, quien finalmente fue condenado como autor penal y civilmente responsable de un delito continuado de estafa agravado ya definido, a la pena de dos años de prisión, multa de ocho meses a razón -de una cuota diaria de 6 euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice a la Tesorería General de la Seguridad Social en la suma de 84.157,98 euros con los intereses del art. 575 de LECy acordando la entrega definitiva a la TGSS de la suma que consta ya ingresada en la cuenta de consignaciones ascendente a 117.748,04 euros.

En el procedimiento civil, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Madrid se formuló demanda el 14 de enero de 2015 frente a la COMUNIDAD HEREDITARIA de D. Marco Antonio, formada por los hijos supérstites D. Doroteo y D. Prudencio en reclamación de cantidad por importe de 200.368,69 euros, más los intereses correspondientes, teniendo por causa esta reclamación el cobro de lo indebido por parte de la citada comunidad hereditaria, con el fin de reintegrar al Patrimonio de la Seguridad Social los pagos efectuados en la entidad bancaria correspondientes a la pensión del padre fallecido.

Este procedimiento civil finalizó por sentencia de 8 de junio de 2015, tras el allanamiento de los demandados, por la que se estima la demanda y se condena a la COMUNIDAD HEREDITARIA de D. Marco Antonio, formada por D. Doroteo y D. Prudencio, a que conjunta y solidariamente abonen a la actora al INSS la suma de

200.368,69 euros en concepto de principal, más los intereses correspondientes. De esta sentencia no consta que se haya solicitado la ejecución a la espera de la sentencia del ámbito penal; de forma que una vez satisfecha la responsabilidad civil derivada del delito a cargo de D. Prudencio, la cantidad que se hubiera podido reintegrar al Patrimonio de la Seguridad Social habrá de ser descontada de la condena producida en el ámbito civil, en la que recordemos que además del condenado en el ámbito penal aparece como responsable solidario su único hermano D. Doroteo.

No se trata por tanto de que se haya ejercitado la posibilidad que les brinda el artículo 109.2 CP, exigiendo la responsabilidad civil derivada del delito ante la Jurisdicción Civil. No, la responsabilidad civil derivada del delito se ha ejercitado y se ha obtenido ante esta jurisdicción penal. Lo que se ha ejercitado en la jurisdicción civil es una responsabilidad civil derivada de un cuasicontrato, del cobro de lo indebido, frente a la Comunidad hereditaria de D. Marco Antonio, constituida por dos personas. Obviamente la recuperación para el Patrimonio de la Seguridad Social a través de esta responsabilidad civil derivada del delito, en el ámbito penal, afectará a la condena efectuada en el ámbito civil, de forma que en ningún caso se produciría un enriquecimiento sin causa para el Patrimonio de la Seguridad Social.

En efecto, la prejudicialidad penal establecida en el artículo 114 de la LECr., sin duda evitará que en la ejecución civil pudieran hacerse efectivos efectos improcedentes como los descritos.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El séptimo motivo se funda en **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 851.3º LECr. por no resolver cuestiones planteadas oportunamente por la defensa del acusado.

1. Se sostiene que incurre el tribunal de instancia en incongruencia omisiva, puesto que la sentencia omite resolver sobre la cuestión de la concurrencia de la atenuante de confesión, solicitada con carácter subsidiario, y sobre la duplicidad de pronunciamientos sobre responsabilidad civil planteada mediante escritos en el procedimiento y en el plenario.

2. Como se señala por la Jurisprudencia de esta Sala, entre otras en sentencia de 15 de marzo de 2012, "*La llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte -integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas).*"

La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes: 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho; 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; 3) que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o

implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita ".

O en la sentencia de 30 de enero de 2013, donde se dice que este vicio de incongruencia omisiva " *Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2).*

Como se señala en la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2013, ya citada, "*... no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2 , 61/2008 de 17.7)".*

3. En el caso actual, no concurren los referidos requisitos, pues las cuestiones a las que se refiere el recurrente no son jurídicas sino fácticas, y se relacionan exclusivamente con la discrepancia del recurrente con la valoración probatoria.

Por lo que se refiere a la atenuante de confesión la sentencia de la AP de Cantabria dice con claridad, FD 4º, que no se aprecia que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Ello es así porque, como ya se ha justificado en relación a los motivos 3º y 5º, a los que nos remitimos para evitar reiteraciones, ni siquiera en el acto del juicio el acusado admitió los hechos, por lo que se trata de una cuestión de hecho y no de derecho que no cabe apreciar a través de la denuncia de incongruencia omisiva.

Por lo que se refiere a la segunda de las denuncias nos remitimos a lo dicho respecto a los motivos 4º y 6º, haciéndolo para evitar reiteraciones; debiendo desestimarse la existencia de este vicio, toda vez que la sentencia que se recurre explícitamente recoge, como base de sus conclusiones de hechos probados, la demanda que se seguía ante la jurisdicción civil, sin que el hecho de que la misma no haya afectado al fallo pueda acreditar la existencia del vicio que se denuncia.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

OCTAVO.- Conforme a lo expuesto, desestimándose el recurso, ha lugar a imponer **las costas** al recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr.

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso interpuesto por infracción de preceptos constitucionales y por infracción de ley y quebrantamiento de forma, por la representación de **D. Prudencio** contra la sentencia dictada el 14 de Junio de 2016 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, en el Procedimiento Abreviado, Rollonº 53/2015. **2º) Imponer** las **costas** de su recurso al recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez