

OVIEDO

00036/2023

-

Domicilio: C/SAN JUAN, S/N- OVIEDO

Telf: 985988411 Fax: 985201041

LTG

Modelo: 001100

N.I.G.: 33004 41 2 2021 0000785

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM
0000060 /2023

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION TERCERA de OVIEDO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000053 /2022

RECURRENTE: BBVA, INSS

Procurador/a: MANUEL FOLE LOPEZ

Abogado/a: MARTA SARABIA ORTIZ, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RECURRIDO/A: Flora

Procurador/a: CRISTINA FERNÁNDEZ CARRO

Abogado/a: PEDRO JOSÉ DÍAZ GARCÍA

SENTENCIA Nº 36/23

EXCMO. SR. MAGISTRADO-PRESIDENTE

D. JESÚS MARIA CHAMORRO GONZALEZ

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

D. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL

Oviedo, a Dieciocho de Octubre de dos mil Veintitrés.

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, los Recursos de Apelación interpuestos por D^a. Alma Beatriz Fernández Santos, Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional De La Seguridad Social, y por el Procurador D. Manuel Fole López, en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia N^o 115/2023, de fecha 29 de marzo 2023, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3^a con sede en Oviedo, en la causa Procedimiento Abreviado N^o 190/2021 del Juzgado de Instrucción N^o 7 de Avilés, que dio lugar al Rollo de la referida Sección N^o 53/2022, formando Sala, en sede Penal, los Magistrados de la misma han pronunciado en nombre del Rey, la siguiente:

S E N T E N C I A

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Vidau Argüelles, que expresa el parecer unánime de la Sala

PRIMERO.- Se declaran HECHOS PROBADOS , los que a continuación se relacionan:

" PRIMERO.- Se declaran HECHOS PROBADOS que Marisa, nacida el NUM000 de 1919 y fallecida el 27 de Diciembre de 1988, tenía abierta en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria oficina sita en la Calle Cámara, n^o 33 de Avilés, la cuenta N^o NUM001, formalizada el 01-01-1951 y cancelada el 10-05-2021, figurando también como titular su hija Rita, nacida el NUM002-1948 y fallecida el 14 de agosto de 2013. En aquella cuenta se ingresaba mensualmente la pensión de viudedad de Marisa, ingreso que continuó después de su fallecimiento (el 27-12-88) y el de su hija, cotitular, Rita (el 14-8-13), hasta diciembre de 2019, puesto que durante ese periodo el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el BBVA desconocían la defunción de la pensionista. Esta circunstancia fue aprovechada por la acusada Flora, a la sazón nieta de Marisa e hija de Rita, para disponer de los fondos de la cuenta desde agosto de 2013 hasta diciembre de 2019, sabiendo que se nutría exclusivamente de la pensión de su abuela que continuaba abonando el INSS y así efectuó reintegros, transferencias bancarias, pagos con tarjeta y domiciliación de recibos. Las pensiones ingresadas en la cuenta durante ese periodo, agosto de 2013 a diciembre de 2019 ascendieron a 61.834,46 euros y el banco BBVA abonó a la Tesorería General de la Seguridad Social la cantidad de 39.176,22 euros correspondientes al periodo comprendido entre enero de 2016 y diciembre de 2019.

Ni el Instituto Nacional de la Seguridad Social ni el banco BBVA realizaron el control de la pervivencia de la titular de la pensión de viudedad desde su reconocimiento hasta diciembre de 2019."

SEGUNDO.- Con fecha 29 de marzo de 2023, la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Asturias, dictó en el citado procedimiento sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos, libremente, a Flora de los delitos de fraude a la seguridad social y usurpación del estado civil del que venía acusada, declarando de oficio las costas procesales causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al perjudicado/víctima no parte, instruyéndoles que no es firme y que procede RECURSO DE APELACIÓN ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma, a interponer en el plazo de diez días desde su notificación

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional De La Seguridad Social y por el Procurador D. Manuel Fole López, en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

CUARTO.- En el trámite de los artículos 790.5 y 846.Ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal se adhiere a los recursos de Apelación presentados por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional De La Seguridad Social y por el Procurador D. Manuel Fole López, en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y la Representaciones Procesal de D^a Flora, se opone a los recursos de apelación del INSS y del BBVA y solicita la desestimación de los mismos.

QUINTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo y conformada la Sala y designado Magistrado Ponente conforme a las normas de reparto, y no considerando necesaria la celebración de la vista, se señaló para su deliberación, votación y fallo el día 16.10.23.

PRIMERO-. Contra la sentencia 115/2023 de 29 de marzo dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial que absuelve a Flora de un delito contra la Seguridad Social y otro de usurpación de estado civil, se interponen sendos recursos de apelación, uno por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social Doña Beatriz Fernández Santos actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y otro por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Fole López, actuando en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. que ejerce la acusación particular.

El recurso interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), articula un primer motivo en el que se denuncia error en la valoración de la prueba, lo que en realidad viene a cuestionar es el juicio sobre la prueba practicada realizado por la sentencia apelada, por lo que deben incardinarse en el párrafo tercero del apartado 2 del artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error en la valoración de las pruebas en sentencia absolutoria. En coherencia con el motivo alegado y con las previsiones del legislador solicita la anulación de la sentencia de instancia con devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva resolución. En realidad el desarrollo del motivo se limita a afirmar que el Tribunal sentenciador a la hora de dictar una sentencia absolutoria no tiene en cuenta hechos que a su juicio resultan plenamente acreditados.

El motivo elegido por las apelantes le obliga a "justificar" la "insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica", el "apartamiento manifiesto de las

máximas de experiencia ", o, "la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia" .

Consecuentemente, deberían denunciar la entidad apelante si está criticando la sentencia por ausencia o insuficiencia en la motivación sobre los hechos; si realmente lo hacen porque las conclusiones o inferencias a las que llegó se apartan de las máximas de experiencia y, finalmente, si ha omitido pronunciarse sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas con relevancia en la decisión.

Se le exige pues a los recurrentes en apelación una selección previa de las razones que fundamentan el recurso, manifestando al órgano de apelación cual de aquellos defectos achaca a la sentencia apelada y el porqué de la denuncia, para que este pueda entrar a conocer y resolver sobre el mismo.

No es admisible una retórica y global imputación apegada a la letra de las previsiones legales, pues dentro del control de la racionalidad de la decisión del Tribunal de instancia que corresponde a esta Sala, no es lo mismo el control sobre la motivación de la decisión que integra el derecho a la tutela judicial efectiva y que comprende el de la racionalidad, razonabilidad coherencia y suficiencia de la misma , que el control sobre los errores de hecho, que aun no implicando un defecto o insuficiencia en la motivación, representan una equivocada apreciación de la prueba que puede invalidar la decisión por construir el supuesto de hecho partiendo de elementos probatorios erróneos o que no se corresponden con la realidad de lo acontecido en el plenario, siempre que estos sean de una trascendencia tal que sean capaces de modificar el sentido del fallo.

Pero por esta vía no cabe pretender que esta Sala de apelación revise la valoración de la prueba que realizó el Tribunal de instancia, sobre todo las de carácter personal para las que carece de la necesaria intermediación.

Es esta perspectiva la que ha de servir para resolver la presente impugnación.

A lo anterior ha de añadirse que la sentencia impugnada es una sentencia de sentido absolutorio y, respecto a la suficiencia en la motivación de las misma, es reiterada la doctrina jurisprudencial que proclama que : "... ha de tenerse en cuenta que la motivación de las sentencias absolutorias no requiere la misma intensidad que la exigible a las de condena, en la medida en que en estas últimas deben constar las razones que han asistido al Tribunal de instancia cuando ha declarado enervada la presunción de inocencia y alcanzado la necesaria certeza objetiva sobre los hechos que declara probados como base de la condena. Mientras que, bastando para acordar la absolucón la existencia de una duda fáctica razonable , respecto de las primeras es suficiente con la motivación que exprese las razones que permitan calificarla como tal. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, entre ellas, y por todas, la antes citada [se refiere a la 169/2004] en la cual se decía: "Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible ex art. 120.3 CE "siempre", esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales -y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de

inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (SSTC 62/1996, de 15 de abril , FJ 2 ; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2 ; 157/1997, de 13 de julio, FJ 4 ; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4 ; 116/1998, de 2 de junio , FJ 4 ; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2 ; 147/1997, de 4 de agosto , FJ 3 ; 109/2000, de 5 de mayo . Por el contrario las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE , es requerida "siempre". No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad".

También esta Sala se ha ocupado de la cuestión, entre otras en la STS 923/2013, de 5 de diciembre , en la que se dice: "La jurisprudencia de esta Sala también ha recordado (cfr. STS 1547/2005, 7 de diciembre , con cita de la STS 2051/2002, de 11 de diciembre), que las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE , 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECrim), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar su contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la STS 186/1998 , recordada por la 1045/1998, 23 de septiembre y la 1258/2001, 21 de junio «la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución ".

Del mismo modo debe valorarse que, cuando se trata de sentencias absolutorias, el Tribunal no necesita declarar probado que los hechos ocurrieron como sostiene la defensa, sino que es suficiente con establecer, en la forma antes dicha, que no ha podido probarse que hayan sucedido como sostiene la acusación, ya que siendo así la pretensión de ésta carece de base fáctica y hace imposible la condena. Pues el acusado se presume inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley, de manera que para absolver basta con razonar suficientemente que no puede considerarse probada la base fáctica en la que la acusación sustenta su pretensión" .(STS435/2018, de 28 de septiembre).

En este caso y con referencia a este motivo el recurso se limita a hacer constar su discrepancia con la valoración de la prueba en la sentencia recurrida o más propiamente a destacar su rechazo a las conclusiones a que en aquella se llega a partir del relato de hechos probados de la sentencia. Lo que en realidad se

pretende hacer ver es la falta de racionalidad de su fundamentación, cuestión esta que se plantea en el segundo motivo del recurso del INSS y en el único del recurso interpuesto por el Banco de Bilbao Argentaria S.A.

El primer motivo del recurso del INSS ha de ser desestimado

SEGUNDO-. Tanto el segundo motivo del recurso interpuesto por el INSS, como el único del recurso del Banco de Bilbao se articulan por infracción de precepto legal por inaplicación del artículo 307 ter 1 y 2 del Código Penal que es el regulador del delito contra la Seguridad Social que se imputa a la acusada. El citado precepto dispone que "Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de Seguridad Social..., por medio de 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 será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión". Sostienen ambos recursos que los hechos declarados probados son más que suficientes para justificar la condena de la acusada. La declaración de hechos probados de la sentencia recurrida tras describir los hechos termina con el siguiente párrafo "Ni el Instituto Nacional de la Seguridad Social ni el banco BBVA realizaron el control de la pervivencia de la titular de la pensión de viudedad desde su reconocimiento hasta diciembre de 2019". En la fundamentación de derecho, tras examinar varias sentencias del Tribunal Supremo relativas al necesario engaño y la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo que cualquiera lo puede evitar con una mínima reacción defensiva, se dice que "puede ocurrir que el error haya sido provocado por la propia desidia del engañado y no tanto por la idoneidad de la acción fraudulenta del autor especialmente cuando el engaño se dirige contra organizaciones complejas como ocurre con personas jurídicas del tipo de las entidades bancarias o, y esto lo añade este Tribunal, cuando nos hallamos con entidades gestoras de la Seguridad Social que cuenta con toda una batería de posibilidades fiscalizadoras de la gestión de sus prestaciones, contando con un potente arsenal defensivo que correctamente utilizado podría llegar a evitar la eficacia del engaño, ahora omisivo, del autor. Se concluye, en definitiva, con lo que enseña la S.T.S de 1-7-14 ó 3-10-17, que la idoneidad del engaño hay que evaluarlo en cada caso concreto, sin especular sobre si es o no evitable".

Continúa la sentencia recurrida diciendo que "En el caso que nos ocupa ya llama significativamente la atención que ni el INSS ni el BBVA, como entidad financiera pagadora, se hayan ocupado de comprobar que la beneficiaria de la pensión seguía siéndolo pese a que falleció en el año 1988, es decir, han dejado transcurrir más de 30 años desde ese deceso y pese a ello, indolentemente, se siguió abonando la prestación, y no se trata de alzar esta reacción penal que nos ocupa frente a un acusado que si se favoreció de su actuar silente en relación con la pensión de la que vino disponiendo desde que falleció su progenitor en el año 2013 como si normativamente ese deber de la acusada fuese el único que podría poner solución de continuidad al pago de la pensión. No, dentro de las funciones del INSS el art.1 del R.D 2583/1996 de 13 de diciembre de estructura orgánica y funciones del INSS, le atribuye el control del derecho a las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social en sus modalidades contributivas, y la Orden de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la Gestión Financiera de la Seguridad Social establece en su Art. 17.5

que las entidades financieras pagadoras comunicarán a la correspondiente entidad gestora, al menos una vez al año, la pervivencia de los titulares de aquellas pensiones y demás prestaciones periódicas que vengán satisfaciendo mediante abono en cuenta, y a tales efectos la entidad pagadora podrá solicitar de la respectiva Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social que ésta requiera a la totalidad o parte de los titulares a quienes se hagan abonos en cuenta que acrediten dicha pervivencia. Pese a esas funciones de verificación durante más de 30 años no se hizo absolutamente nada, y estamos hablando de fondos públicos que se han permitido disponer sin control alguno, y ello, ciertamente, no puede servir para ocultar el fraude del que se sirvió la acusada pero incide en la convicción sobre que ha sido esa desidia de los engañados la que desdibuja la suficiencia del engaño como elemento básico del delito de fraude por el que se acusó".

En base a la falta de engaño suficiente la Sala sentenciadora estima que no concurren los requisitos del delito que se imputa a la acusada y acuerda su absolución. Ciertamente los apelantes pueden estar de acuerdo o discrepar de la motivación esgrimida por la Sala en su sentencia y combatirla, como pretenden, a través de una distinta valoración de la prueba, pero lo que no se puede sostener es que la sentencia carezca de motivación o que ésta, con la que puede estar de acuerdo o no, sea irracional, arbitraria o carente de toda lógica como sería necesario para estimar el motivo de los recursos.

TERCERO-. En consecuencia procede desestimar ambos recursos de apelación con imposición de las costas de cada recurso cada uno de los apelantes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 239 en relación con el 901 párrafo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS preceptos citados y demás de aplicación general

Que desestimamos íntegramente los recursos de apelación interpuestos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Fole López, en nombre y representación del Banco de Bilbao Argentaria S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, de fecha 29 de marzo de 2023, que se confirma en sus propios términos. Con imposición de las costas de cada recurso a cada apelante.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.