

2018 - 10 - 16

Revista Española de Derecho del Trabajo

2018

Núm. 211 (Julio)

Estudios doctrinales

Pensiones

1. Alcance de la responsabilidad de las Entidades Bancarias por el cobro de pensiones de fallecidos (JOSÉ MARIO PAREDES RODRÍGUEZ)

Pensiones

1 Alcance de la responsabilidad de las Entidades Bancarias por el cobro de pensiones de fallecidos

JOSÉ MARIO PAREDES RODRÍGUEZ

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

ISSN 2444-3476

Revista Española de Derecho del Trabajo 211

Sumario:

- I. Introducción
- II. La dificultad en el control de vivencia de los pensionistas de la seguridad social
- III. La triple vía para la exigencia de responsabilidades: contencioso-administrativa, civil y penal
 1. Reclamación contencioso-administrativa de la Entidad Bancaria frente a la Tesorería General de la Seguridad Social
 2. Reclamación vía civil de la Entidad Bancaria al cuentacorrentista
 3. El delito de fraude a la Seguridad Social por prolongación indebida de prestación al ocultar el fallecimiento del beneficiario
- IV. Responsabilidad civil subsidiaria «ex delicto» de las entidades bancarias
 1. La Responsabilidad civil derivada del delito
 2. Requisitos legales necesarios para el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria
 3. La responsabilidad civil subsidiaria de la Entidad Bancaria en los casos de percepción fraudulenta de la pensión de familiar fallecido
 4. La prescripción de la responsabilidad civil derivada de delito tras la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre (RCL 2015, 1525)

RESUMEN:

El Tribunal de Cuentas emitió en julio del año 2016 un Informe sobre la gestión de los deudores de prestaciones de la Seguridad Social. El mismo advertía de una serie de deficiencias en el control de vivencia de los pensionistas fallecidos que permitía, en muchos casos, la percepción fraudulenta de su pensión por parte de familiares. La razón de esta disfunción administrativa deriva de que aún no se ha completado la informatización de los Registros Civiles, ni la digitalización de los respectivos asientos registrales. En todos estos supuestos, la percepción de la pensión de forma fraudulenta genera un complejo de relaciones jurídicas entre la Entidad Bancaria, el titular de la cuenta corriente y la Seguridad Social con diferentes responsabilidades. Al respecto, en los casos en que se sustancia un proceso penal la figura de la responsabilidad civil subsidiaria del Banco se erige en el factor clave para lograr el reintegro de los recursos del sistema de Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: Pensiones de Seguridad Social - Fallecidos - Fraude

ABSTRACT:

The Court of Accounts in July of 2016 issued a report on the management of Social Security benefits debtors. The report warned about a number of deficiencies in the life control of the deceased pensioners that allowed for, in many cases, the fraudulent perception of the pension income by his/her relatives. The reason for that administrative dysfunction lays on the fact that digitalization of Civil Records has not been yet completed, as neither has the digitalization of their respective register entries. In all of these cases, the fraudulent collection of collection generates a series of legal relationships between banking entities, the account holder and Social Security administrations with different liabilities. With regards to that, in those cases where a criminal proceeding takes places the subsidiary civil liability of the Bank becomes a key factor in obtaining the reimbursement of the resources of the Social Security system.

KEYWORDS: Social Security Pensions - Deceased - Fraud

Fecha recepción original: 13 de Abril de 2018

Fecha aceptación: 21 de Junio de 2018

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Cuentas en el ejercicio de las funciones atribuidas por la  [Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo](#), que regula su funcionamiento, aprobó el 21 de julio de 2016 a iniciativa propia, un Informe sobre la gestión y control de los deudores por prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social¹⁾.

El organismo fiscalizador²⁾ señala que el control que el Instituto Nacional de la Seguridad Social realiza sobre el fallecimiento de los perceptores de una pensión, presenta deficiencias debido, fundamentalmente: a las carencias de información que sobre defunciones le remiten la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) y el Instituto Nacional de Estadística (INE), así como a los criterios establecidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social para efectuar el cruce informático, que no garantizan que a partir de la información disponible se detecten y se den de baja todos los pensionistas fallecidos. El Instituto Nacional de la Seguridad Social no tiene establecido un control de vivencia de los beneficiarios de una pensión, y las entidades financieras colaboradoras en el abono de las pensiones, tampoco efectúan de manera sistemática dicho control.

Como bien señala el organismo fiscalizador, las graves lagunas detectadas en el control de personas fallecidas implica que se estén abonando prestaciones de Seguridad Social a personas que ya no están vivas. Y, a mayor abundamiento, en los casos en que se detecta el fallecimiento con una antigüedad superior a los cuatro años, prescribe el derecho a recuperar las cantidades indebidamente abonadas, no pudiendo reclamar a las entidades financieras su retrocesión.

Como se ha dicho, la verdadera eficacia y eficiencia de un sistema no se mide solamente por la intensidad de la protección, sino también porque las prestaciones reguladas en las propias normas sean percibidas por sus legítimos destinatarios, puesto que la situación contraria conduce al fraude³.

A raíz de la publicación del Informe, la mayoría de medios de comunicación de nuestro país se hicieron eco del mismo con una noticia que, ciertamente, no dejaba indiferente a nadie. En esta línea, basta citar como ejemplo el titular de la sección de Economía del diario El País de 22 de julio de 2016⁴ que textualmente decía: « *El Tribunal de Cuentas sostiene que 30.000 muertos cobran pensión*». A continuación, el diario de forma profusa da cuenta de la información, aunque refiriendo las discrepancias con la noticia mostradas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Al respecto, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social emitió una contra-nota de prensa el mismo día⁵ con el objetivo de desmentir rotundamente que las 30.000 personas fallecidas percibiesen una pensión pública. Según el Ministerio, la información relatada por los distintos medios de comunicación no se correspondía con la realidad. Para restar veracidad al dato reseñado, la Seguridad Social señala que, al cruzar los datos de los beneficiarios de las prestaciones con los datos de decesos del Instituto Nacional de Estadística, que blande el Tribunal, surge la sorpresa ya que en la gran mayoría de casos solo coincide el número de Documento Nacional de Identidad. Ni el nombre, ni los apellidos, ni la fecha de nacimiento coinciden. Por lo tanto, sostiene que pueden existir errores a la hora de registrar los DNI en el fichero de defunciones del Instituto Nacional de Estadística. Estos errores vendrían dados por una defectuosa comunicación en la identidad de los fallecidos suministrada por los registros civiles que aún no están informatizados y, al mismo tiempo, por la existencia de numerosos Documentos Nacionales de Identidad duplicados, es decir, personas que comparten con otra el mismo número de identificación personal.

Sin entrar a valorar la mayor o menor rigurosidad del informe del organismo fiscalizador, la realidad es que la propia Seguridad Social⁶ reconoce sin ambages que debe implementar nuevas vías de control y mejorar las actuales, dado que resulta indudable que el control de las defunciones-pensiones es manifiestamente mejorable. Esta afirmación queda refrendada con los resultados de la Operación LIBITINA llevada a cabo, en noviembre del pasado año 2017, por la Policía Nacional en colaboración con el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. La misma ha destapado un fraude a la Seguridad Social de casi dos millones de Euros en las provincias de Alicante, Almería, Cantabria, Córdoba, Las Palmas, Lérida, Lugo, Madrid, Málaga, Pontevedra y Valencia, por cobros indebidos de pensiones de personas fallecidas hace años. La denominación de esta operación no puede ser más ilustrativa; Libitina, en la mitología romana, diosa del inframundo, los muertos y el entierro.

En esta operación policial se revisaron un total de veintisiete expedientes, siendo investigadas sesenta y dos personas, de las que resultaron implicadas diecinueve de ellas por el fraude de 1.932.211,27 Euros al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Los responsables del delito han resultado ser familiares de las personas fallecidas, siendo estos principalmente hermanos/as, hijos/as, sobrinos/as.

Tal como señala la Dirección General de la Policía⁷⁾, todas las mensualidades abonadas con posterioridad al fallecimiento del titular de la prestación se han reclamado a las entidades financieras donde tenían aperturadas las cuentas del familiar fallecido, dando como resultado la recuperación de un elevado porcentaje de los fondos abonados tras el óbito del pensionista.

La cuantía retrocedida, y por lo tanto recuperada para las arcas del Estado –según la propia información de la Policía Nacional– ha supuesto un monto aproximado de un millón de euros. Es decir, si leemos entre líneas restaría por recuperar otro millón de euros que se corresponderían con las mensualidades que exceden de los cuarenta y ocho meses –plazo de prescripción de cuatro años–. La conclusión a primera vista no puede ser más sencilla: el ineficaz control en el registro de defunciones provoca un menoscabo real en los recursos del sistema público de Seguridad Social.

II. LA DIFICULTAD EN EL CONTROL DE VIVENCIA DE LOS PENSIONISTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El procedimiento seguido por la Seguridad Social para comprobar la vivencia de los pensionistas a los que abona una pensión pública, consta de diversas vías, todas ellas complementarias entre sí.

En primer término, efectúa una comprobación diaria con la información que le suministra la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia (DGRN). Este intercambio diario y automático de defunciones no basta para un adecuado control de las personas fallecidas. La razón estriba en que no todos los registros civiles están informatizados, ni todos los que están informatizados tienen digitalizados la totalidad de asientos registrales.

En este sentido, en la fecha de elaboración del Informe del Tribunal de Cuentas (año 2016) el número de registros civiles informatizados ascendía a 3.998 (que incluyen el 78,5% por ciento de los titulares de pensiones en función del municipio de residencia), de los cuales 913 se encontraban digitalizados, 14 en proceso y, ni más ni menos que 3.011 tenían pendiente de digitalizar la información de los fallecidos de fecha posterior al año 1950.

La [Orden de 19 de julio de 1999 \(RCL 1999, 1994\)](#), sobre informatización de los Registros, establece, en su [artículo 9](#) que « *La recuperación informática de los asientos relativos a inscripciones anteriores a la implantación de la aplicación informática a que se refiere esta Orden, se realizará progresivamente en función de las posibilidades presupuestarias y abarcará todas las inscripciones de nacimiento, matrimonio y defunción practicadas en los Registros civiles desde 1950*».

Al mismo tiempo, la Orden Ministerial fijaba una finalidad adicional consistente en la informatización de los registros civiles delegados a cargo de los Juzgados de Paz, con la dotación a los mismos de telefax u otros medios telemáticos para facilitar la comunicación con los Registros civiles principales de los que dependen. Ahora bien, como en el caso anterior, la concreción de estas medidas queda condicionada a las disponibilidades presupuestarias⁸⁾. En este punto, conviene recordar que en los registros municipales el Juez de Paz actúa por delegación del Encargado y con iguales facultades. En su virtud, extenderá, entre otras, las inscripciones ordinarias de defunción ([artículo 46](#) del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958).

Dentro de las Oficinas de Registro Civil informatizadas –las 3.998 reseñadas– se encuentran incluidas los 431 Registros Civiles que tiene la calificación de Registros Civiles

Principales. En relación a éstos, cabe presumir que los óbitos que en la actualidad se produzcan en su ámbito de actuación serán comunicados vía telemática a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin embargo, quedarían pendientes aquellas defunciones que acontecieron hace años sin ser comunicadas y cuyo asiento aún no ha sido digitalizado. Del mismo modo, resulta complejo conocer la totalidad de defunciones inscritas en los Registros de Paz ya que su informatización, en la mayoría de los casos, se encuentra totalmente en ciernes.

En segundo lugar, el otro medio de verificación de los fallecimientos que lleva a cabo el Instituto Nacional de la Seguridad Social consiste en la comprobación mensual con los datos sobre fallecidos que le suministra el Instituto Nacional de Estadística (INE). Éste los obtiene a partir de los boletines de defunción facilitados en soporte papel por los respectivos Registros Civiles.

Otra vía utilizada para cotejar que el pensionista «sigue vivo» consiste en las actividades de comprobación realizadas por las respectivas Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que antiguamente abarcaban desde el arcaico cotejo de esquelas en el periódico local, hasta el actual contacto directo vía telefónica con familiares, Ayuntamientos, cementerios o tanatorios⁹). En una sociedad dominada por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, resulta sorprendente que aún se utilice por la Administración alguno de estos medios. Sin embargo, no podemos obviar que la franja de edad del colectivo de pensionistas, sobre todo los de edad muy avanzada, complica sobremanera la implantación de medios de control basados en las nuevas tecnologías.

Por último, señalar que los pensionistas residentes en el extranjero tienen la obligación legal de presentar anualmente una fe de vida ante la Seguridad Social española. En concreto, deben presentar todos los años dentro del primer trimestre natural, un justificante original de vivencia si quieren seguir cobrando la pensión que les hubiera sido reconocida. La acreditación de la vivencia puede obtenerse mediante un acta notarial de presencia o mediante comparecencia física del interesado ante el encargado del Registro Civil.

Las autoridades competentes para expedir el certificado de vida fuera de España son los Registros Civiles Consulares. La Resolución de 4 de marzo de 2014¹⁰), de la Secretaría de Estado de Seguridad Social, amplió las opciones del pensionista para acreditar su vivencia con la personación ante la Consejería o Sección de Empleo y Seguridad Social, a cuyo efecto ésta emitirá una certificación de la comparecencia.

Por otra parte, la normativa vigente obliga a las Entidades Bancarias a realizar un control anual de vivencia de los pensionistas titulares de una cuenta bancaria en la que se abona mensualmente su pensión. Así, el [artículo 17.5](#) de la Orden de 22 de febrero de 1996 (RCL 1996, 704) para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Gestión Financiera de la Seguridad Social, aprobado por el [Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto \(RCL 1995, 2332\)](#) establece 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 vengan satisfaciendo mediante abonos en cuenta*».

La génesis de este precepto legal está en la autorización que permite –desde el año 1980– el ingreso de las pensiones en cuenta de titularidad indistinta imponiendo a cambio a las entidades financieras la responsabilidad de reintegrar lo abonado con posterioridad a la fecha de extinción por cualquier causa. Esta obligación generadora de responsabilidad provocaba cierta indefensión a los Bancos dado que no tenían instrumentos de control

para comprobar que el pensionista seguía vivo. Para evitar esta disfunción, el legislador introdujo el reseñado control de vivencia anual.

El problema reside en que, hasta ahora, las entidades bancarias no han prestado excesiva atención a esta obligación de control. En parte, debido al complejo proceso de fusiones bancarias y, también, a la generalización de las malas praxis bancarias que han sufrido los consumidores en los últimos años. En esta línea, el Banco de España resalta la importancia de que las entidades cumplan con la obligación, en la medida en que éstas devienen responsables de la devolución de las mensualidades posteriores a la fecha del fallecimiento del perceptor de la pensión. Por todo ello, recomienda el establecimiento de procedimientos encaminados a verificar de forma periódica la vivencia del pensionista¹¹⁾.

En un sentido similar, el propio Tribunal de Cuentas recomienda al Instituto Nacional de la Seguridad Social requerir a todas las entidades financieras colaboradoras en el abono de la pensión, para que lleven a cabo un control de vivencia de los pensionistas y remitan la correspondiente comunicación, tal y como establece el Reglamento de Gestión Financiera de la Seguridad Social. (aprobado por el [Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto \[RCL 1995, 2332\]](#)).

Además, el organismo fiscalizador va más allá y recomienda a la Seguridad Social que proceda a efectuar a través de sus Direcciones Provinciales un control propio de vivencia, al menos trianual, con el fin de interrumpir el plazo para que opere la prescripción¹²⁾. Y es aquí donde surge la controversia dado que la Seguridad Social rechaza de plano tal medida. Las razones esgrimidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social¹³⁾ parten de la situación actual de envejecimiento de la población, unido a la mayor esperanza de vida de los pensionistas. En el sistema de Seguridad Social existen más de 1.200.000 pensionistas que tienen una edad superior a los ochenta y cinco años. La realización de controles de vivencia con carácter indiscriminado les ocasionaría graves molestias y, además, daría lugar a suspensiones probablemente injustificadas dado que muchos de ellos serían incapaces de comparecer, o incluso ni siquiera tendrían conocimiento de tal exigencia.

III. LA TRIPLE VÍA PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, CIVIL Y PENAL

En lo que atañe al procedimiento de retrocesión bancaria, el [artículo 17.1.b\)](#) de la Orden de 22 de febrero de 1996 (RCL 1996, 704) hace responsable directa a la Entidad Bancaria de las mensualidades abonadas correspondientes al mes o meses siguientes al de la fecha de extinción por fallecimiento, siempre teniendo en cuenta el plazo de prescripción de cuatro años.

Al respecto, cabe señalar que todas las cuestiones que se susciten entre el Banco y la Tesorería General de la Seguridad Social, en relación a esta retrocesión automática, se ventilarán ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Al mismo tiempo, en el supuesto de que el Banco reintegre la cuantía podrá reclamar, en su caso, ante la jurisdicción civil su devolución al cotitular cuentacorrentista o, incluso, acudir a la vía penal ejercitando una acción civil *ex delicto*.

Por su parte, en relación a las cantidades que exceden de la retrocesión automática por corresponder a período prescrito, el procedimiento habitual es que el Instituto Nacional de la Seguridad Social comunica a la Tesorería General de la Seguridad Social su importe, para que este Servicio Común le reclame al Banco la devolución de las cantidades siempre que existan fondos que no hayan sido dispuestos por los cotitulares de la cuenta.

Ahora bien, en el supuesto de que el citado cuentacorrentista haya retirado todos los fondos percibidos, entonces el Instituto Nacional de la Seguridad Social directamente o, a través del Ministerio Fiscal, debe acudir a la vía penal contra los cotitulares, con la presentación de la correspondiente querrela por delito de estafa o por delito de fraude de prestaciones ([art. 307 ter](#) del Código Penal, introducido por la [Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y la Seguridad Social \[RCL 2012, 1759\]](#)).

En resumen, la percepción indebida de pensiones por el cotitular de la cuenta –tras el fallecimiento del pensionista– genera un complejo de relaciones jurídicas entrelazadas cuyas discrepancias pueden llegar a sustanciarse en tres órdenes jurisdiccionales diferentes.

1. RECLAMACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LA ENTIDAD BANCARIA FRENTE A LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Corresponde a los titulares de pensiones y demás prestaciones de carácter económico tanto la elección del medio de pago, entre los previstos en el [artículo 11](#) del Reglamento General de Gestión Financiera de la Seguridad Social (aprobado por RD 1391/1995, de 4 de agosto [RCL 1995, 2332]), como la elección de la entidad, órgano, o agente colaborador en el pago de las obligaciones de la Seguridad Social, entre los que figuran las entidades financieras.

La [Orden de 22 de febrero de 1996 \(RCL 1996, 704\)](#) que desarrolla el precitado Reglamento, regula específicamente los pagos de las pensiones y otras prestaciones económicas a través de entidades financieras. El [artículo 17](#) de la Orden establece que los pensionistas una vez elegida la entidad financiera pagadora de la prestación, podrán optar entre su cobro directo en ventanilla o el abono en cuenta. En este último caso, la cuenta o libreta abierta al efecto podrá adoptar, a elección de la entidad financiera, una de las dos modalidades siguientes. Puede consistir en una cuenta corriente o libreta de ahorro restringidas, de titularidad del perceptor y necesariamente individual, con la única finalidad del abono de la pensión y de disposición exclusiva del titular. O bien, una cuenta corriente o libreta de ahorro ordinaria, de titularidad del perceptor, que podrá ser individual o conjunta, figurando el beneficiario o, en su caso el representante legal como uno de sus titulares.

Los abonos en dichas cuentas en ningún caso generarán gasto alguno para el perceptor de las prestaciones, ni la aplicación de las fechas de valor ocasionará intereses negativos en la cuenta corriente o libreta de ahorro en que se abone la pensión.

Una vez ordenado el pago, la disponibilidad de los abonos por pensiones u otras prestaciones periódicas en las cuentas corrientes o libretas de ahorro indicadas, será total desde el primer día hábil del mes en que se realiza el mismo.

Pues bien, en este momento merece traer a colación la [Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2000 \(RJ 2000, 2638\)](#). El Alto Tribunal resolvió el recurso de casación en interés de ley formalizado por la Administración de la Seguridad Social. Se trataba de un caso en el que la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Burgos detectó en el mes de abril de 1996 el fallecimiento de dos pensionistas acaecidos el 9 de julio de 1980 y el 29 de febrero de 1998, respectivamente titulares de pensiones que habían continuado siendo ingresadas en cuenta por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Burgos.

La Caja de Ahorros procedió a la devolución de los ingresos realizados en los últimos cinco años y adujo la prescripción de los períodos anteriores, frente a la Seguridad Social que reclamaba todo el período, El Alto Tribunal en relación a la obligación de devolución que establece el mencionado [artículo 17](#) de la OM de 22 de febrero de 1996 (RCL 1996, 704) señala : « *constituye, por tanto, una obligación derivada de una previsión normativa cuyo régimen no puede construirse al margen o con independencia de las previsiones relativas a la Seguridad Social y a su gestión recaudatoria... de manera que aunque se mantuviera la independencia de la obligación ex lege de la entidad intermediadora en el pago, lo que no es posible es ignorar la previsión normativa que evidencia una clara vinculación con la obligación directa de quienes se beneficiaron del pago indebido*».

Por lo tanto, según el Tribunal Supremo, dado que el plazo de prescripción para el reintegro de las prestaciones percibidas indebidamente por el beneficiario estaba fijado conforme al artículo 45 del Reglamento en los cinco años –en la actualidad el plazo alcanza cuatro años– no cabe sostener que sea mayor el de la obligación normativamente impuesta, a quienes intervienen como meros intermediarios o colaboradores en el pago que resulta indebido y que no experimentan enriquecimiento alguno. Es decir, la Entidad Bancaria no está obligada a la devolución de cantidad alguna cuyo reintegro tampoco le resulta exigible, por estar prescrito, al perceptor de la prestación indebidamente percibida.

De igual modo, también resultan controvertidos los supuestos en los que el Banco cumple escrupulosamente con el control de vivencia anual, exigido por el [artículo 17.5](#) de la Orden de 22 de febrero de 1996 (RCL 1996, 704)>, pero con la peculiaridad de que el cotitular de la cuenta aporta documentos obtenidos fraudulentamente que permiten el disfrute indebido de la pensión. En este sentido, la [Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de diciembre de 2016 \(PROV 2016, 272011\)](#) resolvió un caso en el que el cónyuge del fallecido aporta una fe de vida falsa emitida por el Registro Civil. Señala la Sala de lo contencioso-administrativo gallega que «*la responsabilidad de la entidad financiera podría extenderse desde la fecha del fallecimiento hasta la revisión anual de la pervivencia del beneficiario, pero no a todas aquellas mensualidades en que la pervivencia resulta aparentemente acreditada a través del medio que la Administración considera suficiente, que es lo que se discute en este proceso*».

Por esta argumentación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia exonera al Banco de toda responsabilidad al haber cumplido con la obligación normativa del control de vivencia anual. Frente a esta resolución judicial la Tesorería General de la Seguridad Social ha interpuesto recurso de casación en interés de ley admitido por [Auto de la Sala del TS de 30 de mayo de 2017 \(PROV 2017, 133987\)](#). La cuestión no baladí que subyace en el pleito, es si los [apartados 1.b\) y 5 del artículo 17](#) de la Orden de 22 de febrero de 1996 (RCL 1996, 704) son inter-dependientes y, por lo tanto, si el cumplimiento de la obligación prevista en el apartado 5 relativa al control de vivencia anual exime de responsabilidad a la Entidad Bancaria en lo que atañe a su obligación de reintegrar las cantidades percibidas indebidamente. Habrá que esperar a lo que resuelva el Tribunal Supremo, pero a primera vista parece que se trata de dos obligaciones autónomas ya que en ningún momento la norma liga la obligación de devolución al control de la vivencia del pensionista.

2. RECLAMACIÓN VÍA CIVIL DE LA ENTIDAD BANCARIA AL CUENTACORRENTISTA

En relación a la cuantía retrocedida de forma automática, la Entidad Bancaria una vez procede a su reintegro a la Seguridad Social, dispone de dos vías para reclamar la totalidad de las cantidades abonadas al cotitular de la cuenta corriente. Una opción, sería

la vía penal interponiendo una querrela en la que puede ejercer al mismo tiempo la acción civil ([art. 109](#) del Código Penal) con la finalidad de que le resarzan de los daños y perjuicios causados¹⁴).

No obstante, la vía que parece más adecuada para la Entidad Financiera por su celeridad, será acudir a la jurisdicción civil ejercitando una acción civil de reclamación de cantidad con base en la relación de cobertura que existía entre el tercero ordenante del pago y la Entidad Bancaria, que impone al *accipiens* la obligación de devolver la cantidad que recibió, con conocimiento de causa, indebidamente. Porque en el fondo, nos encontramos ante una relación jurídica entre particulares de carácter privado en la que el cotitular de la cuenta recibió una cosa que no había derecho a cobrar y que se entregó indebidamente por error, que se presume, según se desprende del [artículo 1901](#) del Código Civil.

La deuda abonada al cotitular del pensionista es una deuda inexistente. Por eso, tal como recoge la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de noviembre de 2005 \(PROV 2006, 162117\)](#) « surge la figura jurídica del “cuasicontrato” con el deber de restitución de lo que se pagó por error (conditio indebiti) , o lo que se pagó cuando no se debía (conditio sine causa). Se trata de solicitar el reembolso de unas cantidades abonadas indebidamente a la demandada apelante, y por supuesto, devueltas (reintegradas) a la entidad a quien correspondían, por la demandante».

En la línea indicada, la [Sentencia de la AP de Cáceres de 5 de octubre de 2010 \(PROV 2010, 384885\)](#) resuelve la acción de repetición –o si se prefiere, de resarcimiento o reembolso– en relación con las correspondientes pensiones por jubilación y por viudedad a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social que fueron indebidamente abonadas al beneficiario, por importe de 53.140,10 Euros (reclamándose, además la cantidad de 1.834,42 Euros en concepto de intereses legales desde la fecha en que la entidad demandante hizo efectivo el pago a la Seguridad Social), del período correspondiente entre los meses de febrero de 2004 a mayo de 2007, cuando el pensionista había fallecido el 5 de enero de 2004. Así, refiere la Sentencia que «*asiste a la parte actora derecho y acción para pretender el reintegro, recobro o reembolso de la cantidad indebidamente abonada ante la insuficiencia de fondos existentes en las cuentas donde se venían abonando las pensiones, con fundamento...también en el artículo 1.158 del Código Civil (que admite el pago por tercero) y sobre todo en el cuasi contrato de cobro de lo indebido y en el instituto del enriquecimiento sin causa, en los que en puridad jurídica, se fundamenta la acción que ha sido ejercitada en la demanda*».

Otra discusión relevante es la que atañe al plazo de prescripción de esta acción de repetición frente al cotitular de la cuenta y, como no, la fecha del *dies a quo* a partir de la que se inicia el cómputo del plazo para ejercitar la acción de repetición por parte de la Entidad Financiera.

De este modo, la [Sentencia de la AP de Sevilla de 15 de octubre de 2004 \(PROV 2005, 69945\)](#) en una acción de reclamación del saldo en descubierto tras el fallecimiento del pensionista aborda, como cuestión nuclear de la litis, la posible aplicación del plazo prescriptivo de cuatro años que establece el [artículo 45.3](#) de la Ley General de la Seguridad Social respecto de la obligación de las personas que hayan obtenido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social de reintegrar su importe. Pues bien, la resolución judicial concluye que ese plazo prescriptivo de cuatro años solo es aplicable a la acción de devolución que ostenta la Seguridad Social para obtener el reintegro de la prestación indebidamente abonada. En este sentido refiere que «*la acción que deduce la entidad de crédito contra quien se ha enriquecido indebidamente a su costa está sometida al*

plazo de prescripción de las acciones que establece el Código Civil, que en este caso es el general de quince años que para las acciones personales prevé el [art. 1964](#) del Código Civil».

En la misma línea, la [sentencia de la AP de Madrid de 7 de junio de 2004 \(AC 2004. 1837\)](#) estima el recurso de apelación formalizado por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en un caso en que la beneficiaria de la pensión falleció en 1985, a pesar de lo cual la Seguridad Social continuó ingresando la pensión hasta julio de 1995 en la libreta de ahorro cotitularidad de su hijo. La acción de la Caja de Ahorros frente al hijo que dispuso de los fondos, tras el reembolso de las cantidades no prescritas a la Tesorería General de la Seguridad Social, se basa según la Audiencia « en la idea del enriquecimiento sin causa y de un consiguiente cobro de lo indebido, que prescribe a los quince años , de acuerdo con lo dispuesto en el [artículo 1964](#) del Código Civil como ya tuvo ocasión de manifestarse el Tribunal Supremo entre otras muchas en su [sentencia de 20 de abril de 1993 \(RJ 1993, 3105\)](#)».

En cuanto al inicio del cómputo, de forma unánime las sentencias invocadas fijan el mismo en la fecha en la que la Entidad Financiera hace efectiva la retrocesión de las cantidades a la Tesorería General de la Seguridad Social.

3. EL DELITO DE FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL POR PROLONGACIÓN INDEBIDA DE PRESTACIÓN AL OCULTAR EL FALLECIMIENTO DEL BENEFICIARIO

Como apuntamos con anterioridad, las mensualidades cuya reclamación administrativa se encuentra prescrita solo pueden ser resarcidas en la vía jurisdiccional penal a través de la figura de la responsabilidad civil, previa la interposición de la correspondiente querrela. La reforma del Código Penal operada través de la [Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre \(RCL 2012, 1759\)](#) aborda el fraude frente a la Seguridad Social, con la introducción de un tipo específico para la penalización de las defraudaciones de prestaciones del Sistema de Seguridad Social¹⁵⁾.

Con este nuevo delito se pasa a proteger penalmente a la Seguridad Social en un sentido dinámico, como proceso de recaudación de ingresos y realización del gasto, dado que la función principal que realiza la Seguridad Social se basa en la adquisición de recursos y su aplicación o gastos de los mismos para la realización de los cometidos económicos que le competen¹⁶⁾.

La inclusión de este nuevo tipo delictivo viene motivado, como reconoce la Exposición de Motivos de la [LO 7/2012](#), por el concepto de subvención, y las interpretaciones jurisprudenciales que únicamente entendían que existía defraudación cuando la cuantía superaba los 120.000 Euros, quedando despenalizados los demás casos, generalmente relativos a la percepción indebida de los subsidios por desempleo. Sin embargo, cuando de pensiones de Seguridad Social se trataba, la jurisprudencia recondujo los supuestos de defraudación al delito de estafa.

Pues bien, el nuevo [art. 307 ter](#) establece: «1. 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años de prisión.

Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las

circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años».

Al mismo tiempo, el [artículo 307 ter](#) regula un subtipo agravado, cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros que implica una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo. Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

Como hemos dicho, hasta la reforma legal, la defraudación consistente en la prolongación indebida de una prestación de Seguridad Social con la ocultación del fallecimiento del beneficiario, tenía encaje penal en el tipo de estafa. Precisamente, la [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2004 \(RJ 2004, 4209\)](#) apreció en la acusada la voluntad de engañar a la entidad bancaria pagadora y, a través de esta, a la Seguridad Social, desde que comenzó a cobrar ella la pensión a la que no tenía derecho alguno por fallecimiento de la que era su titular. Y consideró el engaño consistente en ocultar ese fallecimiento como idóneo y bastante, y determinante del acto de disposición consistente en el pago del importe de la pensión.

En todos estos casos nos encontramos ante una defraudación articulada a través de pagos periódicos que de forma sucesiva se mantienen en el tiempo. Por lo tanto, estas actuaciones resultan incardinables en el [Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 \(PROV 2007, 351826\)](#) relativo a la unificación de criterios en torno a la penalidad del delito continuado de estafa y apropiación indebida. De este modo, al constituir la conducta delictiva un delito continuado de estafa, siempre se sancionará con la mitad superior de la pena, salvo que teniendo en cuenta el perjuicio total causado éste excediera de 50.000 Euros, en cuyo caso al resultar de aplicación el subtipo agravado del [250.1.5.º](#) o el [307 ter](#) del Código Penal, la imposición de la pena en su mitad superior conculcaría el principio *non bis in idem* ([Auto del TS de 8 de noviembre de 2017 \[PROV 2018, 16955\]](#)).

El nuevo [art. 307 ter](#) del CP 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. Desde su entrada en vigor desplaza a los [artículos 248](#), [249](#) y [250](#) del Código Penal, y por esta sucesión normativa es obligada efectuar la correspondiente comparación, con la finalidad de determinar si la nueva tipicidad pudiese ser más favorable y, en ese caso, aplicarla retroactivamente a los casos de conductas iniciadas con anterioridad a la reforma legal.

En este punto, la [Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 \(RJ 2015, 1036\)](#) señala que en las modalidades agravadas –cuantía defraudada superior a los 50.000 Euros– el nuevo [307 ter](#) fija una pena de 2 a 6 años de prisión y multa del tanto al séxtuplo que resulta más gravosa que la contenida para la estafa agravada (prisión de 1 a 6 años). Por esta razón, en la modalidad agravada queda vedada la aplicación retroactiva para las conductas iniciadas con anterioridad a la modificación legal, no así en el tipo básico, ya que el mismo contiene la misma pena que la del delito de estafa; esto es, de seis meses a tres años de prisión.

Por otro lado, el [artículo 307.3](#) del Código Penal recoge como excusa absolutoria los supuestos en que el sujeto activo reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida, incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales. Dicho reintegro habrá de producirse antes de que se le haya notificado la iniciación de actividades inspectoras, interposición de querrela, o denuncia o actuación alguna del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción¹⁷⁾.

Esta exención de responsabilidad alcanza igualmente a las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

En cuanto al [apartado 6 del meritado artículo 307 terr](#), el mismo prevé una atenuante privilegiada, por remisión al delito contra la Seguridad Social, en los casos de reintegro extemporáneo y de colaboración en la identificación de otros responsables o en el esclarecimiento de los hechos, que faculta la reducción de la pena en uno o dos grados.

Las ideas básicas de la reforma legal provienen de la denominada *política criminal de recaudación*, en la que prima la recaudación de las cantidades defraudadas por el autor del delito fiscal. En palabras de BACIGALUPO¹⁸⁾, la política penal de recaudación está basada en la *utilidad* del uso del derecho penal y prevé la posibilidad de renunciar a la pena cuando sea más útil para la protección del bien jurídico. Por eso, lo denomina «*el nuevo “derecho penal de triple vía”, en el que –a diferencia del actual derecho penal de doble vía (penas y medidas de seguridad)– la reparación, bajo ciertas circunstancias, es una solución del conflicto penal junto a la pena y las medidas de seguridad*» .

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA «EX DELICTO» DE LAS ENTIDADES BANCARIAS

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Explica Luzón Cuesta¹⁹⁾ que el contenido del Derecho Penal viene dado, fundamentalmente, por el hecho delictivo, alrededor del cual giran, de una parte, el sujeto activo y la consecuencia jurídica sancionadora, y de otra, el sujeto pasivo y la consecuencia jurídica reparadora. El propio [artículo 109](#) del Código Penal establece que de todo delito o falta surge la obligación de reparar los daños y perjuicios causados²⁰⁾.

De igual modo, señala MIR PUIG²¹⁾ que la diferencia de naturaleza de la responsabilidad penal y civil se ve confirmada si se compara el sentido de ambas. La pena se prevé como consecuencia de la infracción de la norma que prohíbe penalmente realizar el delito; en cambio, la responsabilidad civil derivada de delito no exige, necesariamente, la infracción de la norma que prohíbe delinquir. En efecto, mientras que es inconcebible la pena sin una acción penalmente antijurídica, el Código Penal establece la responsabilidad civil para sujetos que ni siquiera han intervenido en la realización del hecho, como los responsables subsidiarios previstos por la ley ([artículos 120](#) y [121](#) del Código Penal). A diferencia de la pena, la responsabilidad civil no ha de verse como un castigo por la infracción de una norma, sino como la reparación de un daño, que trata de restablecer la situación alterada por dicho daño.

La acción de responsabilidad *ex delicto* exige como *conditio sine qua non* una sentencia penal condenatoria, sin necesidad de ninguna otra justificación o prueba, produciéndose este nacimiento aunque después conozca de la misma el juez civil ([Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011 \[RJ 2012, 1128\]](#)).

De acuerdo con el régimen jurídico establecido en los [artículos 100](#) y siguientes de la LECrim, la acción civil puede ser renunciada u objeto de reserva para ejercitar separadamente, si bien en caso de que no se haga manifestación alguna, se entenderá ejercitada conjuntamente con la penal. Por lo tanto, la acción civil es el instrumento procesal para ejercitar, dentro del proceso penal, el derecho a la reparación o indemnización del daño civil causado por el hecho delictivo.

La responsabilidad civil derivada del delito comprende también los intereses correspondientes, y en todo caso, los intereses legales del [artículo 576](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil en caso de condena líquida, de tal manera que se devengan los intereses legales desde que se dicta sentencia en primera instancia hasta la ejecución ([Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 \[RJ 2007, 265\]](#)). Asimismo, dado que nos encontramos ante una acción de naturaleza estrictamente civil, aunque ejercitada en el proceso penal, la misma está sujeta al principio dispositivo o de rogación, de tal manera que el Juez no puede otorgar una indemnización mayor de aquella que se pide²².

Por último, cabe mencionar la [sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2017 \[RJ 2017, 2860\]](#) que resuelve un caso de percepción indebida de la pensión del padre fallecido por parte de su hijo. La diferencia en este supuesto reside en que la Seguridad Social había ejercitado previamente la acción civil frente a la comunidad hereditaria en la Jurisdicción Civil. La sentencia civil no fue ejecutada en virtud de la prejudicialidad penal ([artículo 114](#) de la LECrim), por lo que señala el Tribunal Supremo que la cantidad satisfecha en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, habrá de ser descontada de la condena en el ámbito civil, al objeto de evitar un doble pago y el consecuente enriquecimiento sin causa para el Patrimonio de la Seguridad Social.

2. REQUISITOS LEGALES NECESARIOS PARA EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Como bien señala el Tribunal Supremo²³, la posición jurídica que ocupa el responsable civil subsidiario es el de garante en la cobertura de la insolvencia del deudor principal frente al perjudicado por el delito o falta, y la responsabilidad civil subsidiaria solo puede hacerse efectiva en el caso de que el criminalmente responsable del delito no pueda hacer frente a las responsabilidades civiles dimanantes del mismo.

La [Sala II del Tribunal Supremo \(SSTS de 12 de abril de 2002 \[RJ 2002, 4766\]](#) y de [11 de abril de 2005 \[RJ 2005, 4378\]](#)) indica los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria que son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por Ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que éstos no se hubieran producido sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente).

La interpretación de los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* debe efectuarse con amplitud ([STS de 27 de junio de 2012 \[RJ 2012, 11231\]](#)), apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo en los

pilares tradicionales de la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*, sino también sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio *qui sentire commodum, debet sentire incommodum* (🔴 [SSTS de 27 de abril de 2005 \[RJ 2005. 5695\]](#) y de 🔴 [19 de julio de 2005 \[RJ 2005. 6540\]](#)), de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resulten perjudicados. Por su parte, el 🔴 [Auto del Tribunal Supremo núm. 1987/2000, de 14 de julio](#) (RJ 2000, 7511), admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en el principal « *bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener esta posibilidad de incidir sobre la misma* », lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo.

Por otro lado, la jurisprudencia sostiene que la participación de los responsables civiles subsidiarios en la instrucción del procedimiento abreviado no es requisito esencial, dado que el contenido de la instrucción no condiciona el derecho de las partes en el juicio propiamente dicho (🔴 [sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2010 \[RJ 2010. 3817\]](#)). Ahora bien, la presentación del escrito de acusación constituye el momento preclusivo para llamar al responsable civil al proceso. De lo contrario, no será posible su condena ya que, al no ser parte en el juicio oral, no puede ser condenado quien no es oído en el plenario (🔴 [STS de 1 de octubre de 2014 \[RJ 2014. 5093\]](#)).

En estos términos, el 🔴 [artículo 781.1](#) de la LECrim establece que la conclusión quinta del escrito de acusación deberá delimitar tanto el perjudicado como los responsables civiles y el régimen de responsabilidad (directa o subsidiaria) que es el que determina el vínculo obligacional entre los responsables. Además, deberá concretar la cuantía de las indemnizaciones o la fijación de las bases para su determinación²⁴. En conclusión, el escrito de acusación se erige en el instrumento esencial a la hora de constituir la relación jurídico procesal, incluidos los posibles responsables civiles, tanto directos como subsidiarios.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ENTIDAD BANCARIA EN LOS CASOS DE PERCEPCIÓN FRAUDULENTO DE LA PENSIÓN DE FAMILIAR FALLECIDO

La 🔴 [Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 \(RJ 2015/1036\)](#) resuelve un caso en que fallece la pensionista el 21 de febrero de 1992, el marido sigue cobrando la pensión hasta el año 2001 –en que falleció éste– y a partir de ahí será el hijo de ambos el que continúa cobrando la pensión de la madre y disponiendo de ella para fines propios hasta el mes de enero del 2011, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene conocimiento del óbito de la progenitora. Los hechos probados de la sentencia manifiestan que el hijo no comunicó, en ningún momento, a la Entidad Bancaria Bankia ni al Instituto Nacional de la Seguridad Social, el fallecimiento de su progenitora y que, tras cada ingreso periódico, que al menos era mensual, el hijo iba disponiendo del dinero así ingresado para sus propios gastos, para lo que solía utilizar el Documento Nacional de Identidad del padre, además de haber domiciliado diversos pagos.

El elemento capital de esta resolución judicial estriba en la condena como responsable civil subsidiario a la Entidad Bancaria –fundamento jurídico cuarto²⁵–. Así, refiere el Alto Tribunal: «*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 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 pervivencia de la titular de la pensión, obligación que le incumbe en atención a lo dispuesto en el [artículo 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 Gestión Financiera de la Seguridad Social, aprobado por el [Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto](#), es la que determinado su condena como responsable civil subsidiaria».

Como es bien sabido, la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta en la denominada *culpa in vigilando* o la *culpa in eligendo* cometidos por los empleados, dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios a cargo de sus principales –personas naturales o jurídicas dedicados a cualquier género de industria o comercio–.

El [artículo 120](#) del Código Penal dispone que las personas naturales o jurídicas son responsables en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. Esto es, el incumplimiento por parte de los Bancos del control de vivencia hace que tal actuación quede incardinada dentro de la infracción de los denominados reglamentos de policía, lo que genera de facto la consecuente responsabilidad civil subsidiaria.

En estos términos, cabe mencionar la [Sentencia de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife de 22 de mayo de 2017 \(PROV 2017, 286988\)](#) que, tras la conformidad de la acusada que había percibido la pensión de su esposo fallecido, condena al Banco Popular de forma subsidiaria al abono de una indemnización de 84.610,09 Euros. En este caso, la acusada aceptó una sentencia de conformidad, por lo que únicamente, se celebró la vista sobre la responsabilidad civil del Banco. Por el contrario, la misma conducta típica sin que la Entidad Bancaria sea parte en el procedimiento como responsable civil subsidiario, al no haberlo interesado ni el Ministerio Fiscal ni el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, determina únicamente la condena de la acusada como responsable civil en la cuantía de 77.161,20 Euros (Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 13 de noviembre de 2017 [rollo Sala 10/17]).

4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 42/2015, DE 5 DE OCTUBRE

Todas las consecuencias jurídicas del ilícito penal están sujetas al instituto de la prescripción. Prescriben las penas, prescriben las medidas de seguridad, prescriben las llamadas consecuencias accesorias y prescribe la acción para exigir la reparación de los daños y perjuicios derivados de la comisión de una infracción penal²⁶⁾.

Con independencia de cuál sea el plazo de prescripción del delito, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha entendido que a la acción *ex delicto* le será de aplicación el plazo de prescripción que establece el [artículo 1964.2](#) del Código Civil, por tratarse de una de las acciones personales que no tiene plazo especial de prescripción (por todas, [STS de 30 de abril de 2007 \[RJ 2007, 4726\]](#)). Idéntica remisión al [artículo 1964.2](#) del Código Civil ha efectuado el Tribunal Supremo cuando estamos ante una responsabilidad civil *ex delicto* de carácter subsidiario ([STS de 13 de mayo de 2016 \[RJ 2016, 6014\]](#)).

En esta situación, cuando no había prescrito el delito lo más probable era que no hubiera

hecho lo propio la acción civil *ex delicto* . Sin embargo, la situación ha cambiado de forma sustancial con la reforma del [artículo 1964.2](#) del Código Civil operada por la [Ley 42/2015, de 5 de octubre](#), que reforma la [Ley 1/2000, de 7 de enero](#), de Enjuiciamiento Civil. La reforma legal hace que el plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan fijado un plazo especial, prescribe a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

Las razones de la reforma legal las encontramos en la propia Exposición de Motivos de la [Ley 42/2015](#), al señalar que el acortamiento del plazo obedece a lograr un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de la pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica. A partir de ahora, puede que deje de ser tan infrecuente la prescripción de la acción civil *ex delicto* aun no habiendo prescrito el delito del cual deriva la responsabilidad civil.

A su vez, la reforma contiene un régimen transitorio aplicable a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de la ley -7 de octubre de 2015-. En este sentido, la [Disposición Transitoria Quinta](#) de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, remite en las acciones personales que no tengan plazo especial de prescripción al [artículo 1939](#) del Código Civil que textualmente dice: «*La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo*» .

Para entender la norma transitoria resulta ilustrativo el [Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2004 \(PROV 2004, 25146\)](#) que señala que el [artículo 1939](#) del Código Civil tanto para la doctrina como para la jurisprudencia tiene un marcado carácter transitorio común, tendente a resolver los conflictos de normas jurídicas que, promulgadas sucesivamente en el tiempo, regulan de forma distinta o incompatible una materia afectada por el régimen de prescripción. El mismo contiene una regla general y una excepción. Así, por regla general el régimen de prescripción aplicable será el de la ley vigente en el momento en el que el fenómeno de la prescripción comenzó a producirse, esto es cuando surge el *dies a quo* , que es cuando se pudo ejercitar el derecho o acción de que se trate ([artículo 1969](#) del Código Civil), lo que se supone que si en ese momento se da cuando ha entrado en vigor la nueva ley será esta de aplicación (interpretación *a contrario sensu* del [artículo 1939](#) del Código Civil), y si por el contrario se da con la ley antigua, será esta. Ahora bien, señala el meritado auto y en ello consiste la excepción, «*cuando la prescripción ha comenzado su cómputo con la antigua ley, y la nueva ley establece un plazo más breve, será de aplicación éste y el de la antigua, no siendo válido computar acumulando, el plazo transcurrido bajo el imperio del antiguo texto legal al nuevo*».

De este modo, el esquema sería el que sigue:

1. A las relaciones jurídicas nacidas con posterioridad al 7 de octubre de 2015 les será aplicable el nuevo plazo de cinco años. Por esta circunstancia, todas las pensiones cuyas mensualidades comenzaron a cobrarse de forma indebida tras esta fecha se registrarán por el nuevo plazo prescriptivo.
2. Las relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005 les será aplicable el plazo anterior de quince años. Pero su prescripción, se producirá, en todo caso, antes de que transcurran cinco años desde la entrada en vigor de la reforma. Es decir, las mensualidades de la pensión cobradas entre el 7 de

octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005 quedan sujetas al plazo de quince años.

3. Si las relaciones jurídicas nacen entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015, prescribirán siempre antes de los quince años, en concreto antes del 7 de abril de 2020. De este modo, la reclamación de las mensualidades entre el 7 octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015 tendrán un plazo de prescripción variable, aunque mayor cuanto más antiguo fuera su nacimiento y siempre con el límite máximo del 7 de octubre de 2020.

V. CONCLUSIONES

La dificultad en el control de la vivencia de los beneficiarios que perciben pensiones con cargo al sistema de Seguridad Social no es nueva. Por el contrario, la picaresca unida a la compleja burocracia administrativa, favorecen la percepción fraudulenta de las pensiones por familiares de fallecidos en tanto en cuanto no se logre una completa informatización y digitalización de los asientos de los Registros Civiles.

Por otro lado, puede resultar comprensible la negativa de la Seguridad Social a realizar un control anual de vivencia de los pensionistas en atención a las franjas de edades muy avanzadas en que se mueve parte de este colectivo. Sin embargo, de forma compatible a la presencial, quizás podría articularse el uso de medios telemáticos para cotejar la vivencia del pensionista.

La realidad nos muestra que la Seguridad Social, tras la publicación del informe del Tribunal de Cuentas y su amplia difusión en los medios de comunicación, ha procedido a depurar todos aquellos expedientes que pudieran resultar «sospechosos». La consecuencia directa es la apertura de numerosos procesos penales en relación a períodos que exceden de la retrocesión automática –los cuatro años– en diferentes provincias, con un nexo común: la percepción fraudulenta de pensiones de fallecidos por parte de familiares que estaban como cotitulares en sus respectivas cuentas.

Esta percepción fraudulenta de pensiones por parte de los familiares de los pensionistas fallecidos, genera un complejo entramado de relaciones jurídicas en las que son parte la Entidad Financiera, el titular de la cuenta corriente y, por último, la Seguridad Social. Las responsabilidades que la conducta fraudulenta provoca pueden llegar a sustanciarse en tres órdenes jurisdiccionales distintos; contencioso-administrativo, civil y penal. En el ámbito penal, la competencia de sus tribunales sobre la responsabilidad civil del ilícito penal puede decirse que es incidental, *secundum eventum litis*, basada en la conexión entre el proceso penal y la pretensión civil de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos²⁷⁾. En este sentido, hay que señalar que el escrito de acusación se configura como el momento preclusivo para configurar la relación jurídico-procesal, debiendo dirigirse la pretensión contra las personas o entidades que puedan resultar responsables civiles en el hecho punible.

Por último, no debemos olvidar que lo relevante a efectos del sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de la condena por la comisión de la conducta ilícita, consiste en la recuperación de todos aquellos fondos públicos que han sido distraídos de forma ilegítima. Y en este punto, cabe afirmar que la responsabilidad civil subsidiaria de las Entidades Bancarias que han incumplido la obligación de control de vivencia del pensionista, constituye la figura jurídica clave para poder revertir lo defraudado ante la más que probable insolvencia del deudor principal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, E.; «La reforma del delito fiscal por la  LO 7/2012». Diario La Ley, N.º 8076,

Sección Tribuna, 6 de mayo 2013. Editorial LA LEY.

BELTRÁN MIRALLES, S.; y SOSPEDRA NAVAS, F.J.;  «[Procedimiento Abreviado: las conclusiones provisionales \(parte II\)](#)» en *Práctica de los Procesos Jurisdiccionales (Civitas)*. Proceso Penal I. BIB 2011, 356.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.;  «[El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social en el proyecto de Ley Orgánica de 2012, por el que se modifica el Código Penal](#)». *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 853/2012 (Comentario).

Informe del Tribunal de Cuentas sobre fiscalización de los procedimientos de gestión y control de los deudores por prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2014 (Informe número 1156) (<http://www.tcu.es>)

JUAN SÁNCHEZ, R.; *La responsabilidad civil en el proceso penal*. Editorial La Ley, Madrid, 2004, pág. 74.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 55 y ss.

MARTÍN RÍOS.; M.P.; *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 37.

MEMORIA DE RECLAMACIONES 2016. BANCO DE ESPAÑA Págs. 172 y 173 (<http://www.bde.es>)

MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*. 6.ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2002, págs. 53 y 55.

MUÑOZ CUESTA, F.J.;  «[La reforma del delito fiscal operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre](#)». *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11/2013 (Comentario).

PANIZO ROBLES, J.A.; «El control de la situación de incapacidad temporal. A propósito de  [Real Decreto 575/1997, de 18 de abril](#)». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 4, 1997, pág. 81.

PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.;  «[La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre](#)». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4/2013.

RUIZ BOSCH, S.; «La prescripción de la responsabilidad civil derivada de delito». Artículo disponible en <https://www.porticolegal.economista.es>

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Informe del Tribunal de Cuentas sobre fiscalización de los procedimientos de gestión y control de los deudores por prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2014. El contenido íntegro de este informe (número 1156) puede ser consultado en la página web del propio Tribunal

de Cuentas (<http://www.tcu.es>).

2

Vid. Nota de prensa emitida por el Tribunal de Cuentas el 21 de julio de 2016 (<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/>)

3

PANIZO ROBLES, J.A.; «El control de la situación de incapacidad temporal. A propósito de  [Real Decreto 575/1997, de 18 de abril](#)». Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 4, 1997, pág. 81.

4

[Http://www.elpais.com](http://www.elpais.com).

5

Disponible en <http://prensa.empleo.gob.es>.

6

Página 29 de las Alegaciones de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social al Anteproyecto de Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas de los procedimientos de gestión y control de los deudores de prestaciones gestionados por este Instituto, ejercicio 2014 (<http://www.tcu.es>).

7

Nota de prensa de 17 de noviembre de 2017 (disponible en la página web de la Policía Nacional: <http://www.policia.es>) y con idéntico contenido la misma noticia en la revista de Seguridad Social Activa (<http://www.revista.seg-social.es>).

8

Vid.  [Instrucción de 28 de mayo de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre funcionamiento y organización de los Registros Civiles delegados a cargo de los Juzgados de Paz y su informatización, publicada en el BOE de 17 de junio de 2008 \(RCL 2008, 1204\)](#).

9

El control del fallecimiento de pensionistas constituye uno de los objetivos que desde la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social fijan anualmente a las respectivas Direcciones Provinciales, cuyo grado de cumplimiento condiciona la percepción del complemento de productividad que perciben los funcionarios. De este modo, el 12,5 por ciento del peso que el área de gestión de prestaciones tiene en la productividad se dedica a premiar o penalizar a las Direcciones Provinciales en función del grado de cumplimiento del reseñado objetivo.

10

Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 14 de marzo de 2014.

11

Págs. 172 y 173 de la *MEMORIA DE RECLAMACIONES 2016. BANCO DE ESPAÑA* (<http://www.bde.es>)

12

Vid. *Informe de fiscalización ...*, ob.cit., pág. 54

13

Vid. Alegaciones de la Dirección General del INSS al Anteproyecto..., ob.cit., págs. 28 y 29.

14

Vid.  [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2007 \(PROV 2007, 319522\)](#), en la que actúa como acusación particular Citibank España S.A. frente a la acusada, la cual se valió de dieciséis cheques al portador simulando la firma de su marido fallecido para obtener indebidamente un total de 2.992,86 Euros correspondientes a la pensión de jubilación que le seguía abonando la Seguridad Social. La autora del delito fue condenada a un año de prisión y a indemnizar al Banco, por los daños y perjuicios causados en concepto de responsabilidad civil, a la totalidad de la cuantía defraudada.

15

Vid. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.;  [«La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre»](#). Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 4/2013.

16

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.;  [«El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social en el proyecto de Ley Orgánica de 2012, por el que se modifica el Código Penal»](#). Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 853/2012 (Comentario).

17

Es lo que denomina la doctrina un «delito en estado latente», en que en su definitiva eficacia delictiva, oculta provisionalmente, surte efectos cuando tiene conocimiento el obligado de la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en su caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias (Vid. MUÑOZ CUESTA, F.J.;  [«La reforma del delito fiscal operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre»](#). Revista Aranzadi Doctrinal núm. 11/2013 (Comentario).

18

BACIGALUPO, E.; «La reforma del delito fiscal por la  [LO 7/2012](#)». Diario La Ley, N.º 8076, Sección Tribuna, 6 de mayo 2013. Editorial LA LEY.

19

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 55 y ss.

20

La cuestión relativa a si realmente pertenece al Derecho Penal la responsabilidad civil derivada de delito nunca ha resultado pacífica para la doctrina penalista. En este sentido, MARTÍN RÍOS refiere que tal circunstancia supone un factor de confusión en la comprensión de la naturaleza jurídica de esta figura, por lo que debería reconducirse todo su tratamiento de forma unitaria al  [Código Civil](#). Sin embargo, MIR PUIG considera que tal inclusión resultaría coherente con la consideración de la responsabilidad civil como tercer instrumento –junto a penas y medidas– de política criminal (MARTÍN RÍOS, M.P.; *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, pág. 37 y MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2002, págs. 53 y 54)

21

MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General ... ob.cit .* pág. 55.

22

 [SSTS de 27 de octubre de 2003 \(RJ 2003, 7949\)](#) y de  [10 de octubre de 2006 \(RJ 2006, 7705\)](#).

23

 [Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011 \(RJ 2012, 1128\)](#)

24

Vid. BELTRÁN MIRALLES, S.; y SOSPEDRA NAVAS, F.J.;  [«Procedimiento Abreviado: las conclusiones provisionales \(parte II\)»](#) en *Práctica de los Procesos Jurisdiccionales (Civitas)*. Proceso Penal I.

25

Hasta este momento, la mayoría de resoluciones judiciales únicamente anudaban la responsabilidad civil a la autoría del delito sin pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad civil subsidiaria:  [SAP Barcelona de 27 de octubre de 2014 \(ARP 2015, 79\)](#) o la  [SAP Granada de 2 de diciembre de 2003 \(PROV 2004, 58704\)](#),  [SAP de Palencia 30 de octubre de 1998 \(ARP 1998, 4194\)](#).

26

Vid, en este sentido RUIZ BOSCH, S.; «La prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito». Disponible en <https://porticolegal.eleconomista.es>.

27

En estos términos se pronuncia JUAN SÁNCHEZ, R.; en *La responsabilidad civil en el proceso penal* . Editorial La Ley, Madrid, 2004, pág. 74.