

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

# Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

### EL IMPAGO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS CUOTAS RETENIDAS A LOS TRABAJADORES COMO DELITO DE APROPIACION INDEBIDA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 3 de enero de 1984)

M.<sup>a</sup> TERESA CASTIÑEIRA

Profesora Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Posición del Tribunal Supremo. 1.1. Absolución por el delito de apropiación indebida. 1.1.1. El impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores no constituye un delito de apropiación indebida. 1.1.2. Ausencia en el caso concreto de algunos de los requisitos del delito. 1.2. El fundamento de la calificación de apropiación indebida. 1.2.1. Título de posesión. 1.2.2. La recepción del dinero. 1.2.3. Abuso de confianza. 1.3. Propuestas de corrección del T. S.—2. Posición doctrinal. 2.1. Malversación. 2.2. Estafa. 2.3. Apropiación indebida. 2.3.1. Título de posesión del comprador. 2.3.2. El perjuicio. 2.3.3. El ánimo de lucro y la carencia de medios económicos. 2.4. Delito del art. 499 bis.—3. Comentario. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. La calificación de apropiación indebida. 3.3. Los supuestos de dificultades económicas o insolvencia de la empresa. 3.4. Las demás calificaciones: malversación, estafa y 499 bis.

S.T.S. de 3 de enero de 1984

El procesado don José, actuando como director gerente de la entidad X, S. A., sita en el polígono industrial La Estrella de esta ciudad de Málaga, dedujo del salario abonado a los trabajadores al servicio de la empresa, cuyo número oscilaba, según los meses, entre un mínimo de 12 y un máximo de 22, las cuotas correspondientes a la S.S., lo que se hacía constar en las respectivas hojas de salarios y no obstante ello de las cantidades retenidas no fueron

ingresadas en la S.S. en los meses de noviembre y diciembre 1977, por importe de 70.225 ptas.; en mayo de 1978 por importe de 40.382 ptas.; de gastos a diciembre 1978 por importe de 211.665 pesetas; el año entero de 1979, por importe de 554.942 y enero 1980 por importe de 217.062 pesetas, así como de junio a agosto de 1980, cuya cuantía se estima en 135.548 pesetas; de cuyas cantidades dispuso el procesado con la finalidad de contar con medios económicos que facilitaren la gestión de su empresa y con ello su propio beneficio.

Estos hechos fueron considerados por el T. S. como constitutivos de un delito de apropiación indebida:

1.º «La obligación de retener las cuotas obreras de la S. S., impuesta legalmente al patrono o empresario al hacer pago de los salarios, supone un *mandato o encargo de cobro* que lleva embebido el deber sustancial de ingresar las cantidades deducidas en la Tesorería de dicha entidad.»

2.º El mandato o encargo de cobro es un título de posesión subsumible en el artículo 535 del C. p.

3.º Hay un acto de apropiación, pues el empresario dispone de las sumas no ingresadas.

4.º Existe ánimo de lucro porque «es obvia la ventaja que supuso para la empresa la disposición de sumas para su financiación».

5.º El perjuicio se produce *siempre* porque «la tesorería de la S.S. no recibe puntualmente unos recursos que son contraprestación de servicios asistenciales prestados».

## CUESTIONES:

Esta sentencia plantea tres problemas fundamentales:

1. La recepción del dinero.
2. El título de posesión del empresario.
3. Como cuestión más general sí debe utilizarse el Derecho penal para estos casos.

### 1. POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO

En los últimos años el T. S. ha calificado normalmente hechos del género de los probados en la sentencia que se comenta como constitutivos de un delito de apropiación indebida.

En general los requisitos que el T. S. exige para este delito son los siguientes:

I. Que el objeto sea dinero, efectos u otra cosa mueble.

II. Que se haya recibido en virtud de uno de los títulos enumerados en el artículo 535 o bien «comodato, arrendamiento de obras o de servicios, o cualesquiera otro que transmita la posesión de aquéllos, mas sin atribuir el dominio o la propiedad sobre las cosas».

III. Que el sujeto trate antijurídicamente de hacerse con la propiedad de la cosa.

IV. Un perjuicio patrimonial.

V. Animo de lucro (1).

Al mismo tiempo se destacan como elementos esenciales del delito de apropiación indebida el *lucro ilícito* y el *abuso de confianza*.

El T. S. acostumbra a calificar como apropiación indebida el impago a la S.S. de las cuotas retenidas a los obreros, pero en alguna ocasión no lo ha hecho así, ni parece ser, según manifiesta alguna vez el propio Tribunal, la solución ideal para estos casos. Todo ello sugiere un análisis mínimamente detallado de la cuestión. De ahí que a continuación se examinen en primer lugar los casos y las razones por las que se estima que no hay apropiación indebida; a continuación el fundamento de la calificación de apropiación indebida y, por último, los matices que propone el propio T. S.

### 1.1. *Absolución por el delito de apropiación indebida.*

El T. S. ha rechazado la calificación de apropiación indebida por razones distintas:

#### 1.1.1. *El impago a la seguridad social de las cuotas retenidas a los trabajadores no constituye un delito de apropiación indebida.*

Esta es la tesis mantenida por la sentencia 26 marzo 1955 (A. 607). Esta resolución, tras llamar la atención sobre la necesidad de no confundir el incumplimiento de obligaciones contractuales, incluso en los supuestos en que ello genere un perjuicio, con delitos de apropiación indebida, rechaza la existencia de este delito por las siguientes razones:

— La naturaleza de la obligación.

— «El tránsito inicial que debieron hacer las cosas del patrimonio de aquel a quien se reputa perjudicado al del que se supone agente del delito.»

— El abuso de confianza, que existe sólo cuando la cosa se entrega al sujeto precisamente por razón de esta confianza.

En este caso el Tribunal considera que se trata de una obligación económico-social y por tanto administrativa, que no existe título que genere la obligación de devolver el dinero, y destaca además que éste en ningún momento ha formado parte de otro patrimonio.

(1) S. 13 diciembre 1976 (R. J. Cr. 1473).

(2) 26 marzo 1955 (A. 607).

### 1.1.2. *Ausencia en el caso concreto de alguno de los requisitos del delito.*

En un segundo supuesto —S. 24 junio 1980 (J. Cr. 809)— el T. S. entiende también que no hay apropiación indebida ante unos hechos que pueden plantearse con frecuencia: El procesado atravesaba por una difícil situación económica y dejó impagadas las cuotas de la S. S.; tenía incluso dificultades para pagar los salarios de los trabajadores.

La resolución tras dejar sentado, según los criterios que se exponen en el apartado siguiente, que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida, dicta una sentencia absolutoria por las siguientes razones:

— *«La situación angustiosa y caótica de la empresa»*. En los hechos probados se destaca la difícil situación que atravesaba la empresa. A causa de los gastos de personal, el aumento del precio del combustible y otras causas diversas la empresa había sufrido importantes pérdidas.

— *«La ausencia de deducciones o descuentos»*. La difícil situación económica por la que atravesaba la empresa llegó incluso a dificultar el pago de los salarios. El Tribunal toma en consideración «el esfuerzo denodado con el que se logró pagar lo adeudado a los trabajadores». En esta situación no es razonable pensar que pudieran deducirse del salario las cuotas de la S. S.; por tanto ya no hay objeto del delito puesto que no existía dinero del que el empresario pudiera apropiarse, y de ahí parte la tercera razón de la absolución:

— *«el procesado no ha dispuesto de tales sumas»* porque nadie puede apropiarse de lo que no tiene existencia real.

### 1.2. *El fundamento de la calificación de apropiación indebida.*

Como ya se ha señalado, la calificación más frecuente es la de apropiación indebida. A continuación se examinarán las razones de esta calificación.

El punto decisivo es el título de posesión del empresario. Si se entiende que éste posee el dinero retenido a los trabajadores en virtud de un título subsumible en el artículo 535 del C. p. la calificación del hecho como apropiación indebida no parece plantear excesivas dificultades. Pero incluso así cabe señalar otros dos puntos: 1) La no recepción del dinero, y 2) la falta de confianza cuyo abuso es, según el propio Tribunal, esencial a la apropiación indebida.

### 1.2.1. Título de posesión.

De la LGSS y de la OMTr. de 20 noviembre de 1966 se deduce la existencia de un título de posesión apto para dar lugar a un delito de apropiación indebida.

En algunos casos no se explica con claridad este título. Es más, del artículo 68-3.º de la LGSS («El empresario que habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro de plazo la parte de cuota correspondiente a sus trabajadores, incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las Entidades Gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan») se deduce la existencia de una obligación cuya infracción da lugar a un delito de apropiación indebida (3).

Otras veces se ha considerado que a partir del momento en que el empresario descuenta las cuotas de la seguridad social se convierte por imperativo legal en depositario de las mismas perdiendo la cualidad de dueño (4).

Excepcionalmente el T. S. es más explícito. Por ejemplo en la S. 23 junio 1980 (J. Cr. 808) partió de la ss. de 21 de abril de 1966 y de la OMTr. de 25 de noviembre del mismo año, pero, en lugar de derivar directamente de ellas la existencia del título —y delito— explicó así las razones que le llevaron a esta conclusión: «cuando un patrono o empresario hace efectivos los sueldos o salarios de sus obreros o empleados, y, de ellos, y en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación laboral..., retiene, deduce o descuenta las cantidades correspondientes a las cuotas de los seguros sociales que ulteriormente ha de ingresar en el Instituto Nacional de Previsión, se opere, respecto a dichas sumas, un fenómeno de intervención del título de poseer, en cuya virtud, la posesión emanada del dominio que el empresario tenía primitivamente sobre las referidas cantidades, se trueca en posesión derivada del mandato... o del depósito, títulos que, atribuyendo al mandatario o depositario la simple tenencia pero no la propiedad sobre el dinero cuestionado conllevan y determinan que se haya de entregar necesariamente y sin demora a la entidad mencionada».

En la misma línea la S. 25 marzo 1981 (A. 1.220) consideró que el título de posesión del empresario es el generado por la «*constitutum possessorium*» en virtud del cual el empresario ya no posee a título de dueño, sino en virtud de un título oscilante entre el mandato y el depósito (5).

### 1.2.2. La recepción del dinero.

El artículo 535 del C. p. castiga como reo de apropiación indebida a quien se apropie o distraiga dinero, efectos o cualquier

(3) Véase la S. 17 febrero 1977 (R. J. Cr. 222).

(4) S. 7 mayo 1977 (R. J. Cr. 657).

(5) En la misma línea, aunque rechazando la figura de la «*Constitutum possessorium*», la S. 28 septiembre 1982 (La Ley T. 1982-4 págs. 617 y ss.).

otra cosa mueble que *hubiere recibido* en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos.

En los recursos ante el T. S. por las condenas por apropiación indebida se alega frecuentemente que este delito no puede existir porque el empresario *no ha recibido* el dinero. Por consiguiente faltaría un requisito del tipo del artículo 535.

Mas por el contrario, el T. S. entiende que esta recepción se produce efectivamente desde el momento en que, por ministerio de la ley, se descuentan las cuotas de la S. S. de los salarios de los trabajadores (6).

### 1.2.3. *Abuso de confianza.*

El T. S. suele considerar esencial para el delito de apropiación indebida la existencia de un abuso de confianza.

La relación de confianza sería pues imprescindible para que fuera posible la comisión de este delito. En el marco de la retención de las cuotas obreras de la S. S. es al menos dudoso que exista una relación de este estilo, tanto entre obreros y empresarios como entre empresarios y S. S. (7). Pero el T. S. no parece ser de esta opinión, pues aunque normalmente no dedica demasiada atención a este punto, sigue considerando el abuso de confianza como elemento esencial de la apropiación indebida (8) y entiende que existe en todos los casos: como las cuotas de la S. S. se deducen del salario de los trabajadores y no se ingresan en la Entidad Gestora correspondiente, este organismo deja de percibir las cuotas. Por ello «es claro que hay lucro ilícito y abuso de confianza que son las dos notas esenciales del delito de apropiación indebida (9).

### 1.3. *Propuestas de corrección del T. S.*

El castigo por apropiación indebida no parece satisfactorio y así lo reconoce el T. S. en alguna ocasión. En efecto, la mayor parte de las sentencias califican los hechos de apropiación indebida, pero en alguna ocasión el Tribunal «estima procedente hacer uso de la facultad otorgada en el párrafo segundo del artículo segundo del C. p., acudiendo al Gobierno de la nación en respetuosa propuesta, de que por vía de indulto parcial y personal sean atenuadas preponderantemente las penas impuestas a los dos procesados condenados en esta causa».

(6) Vid. S. 7 mayo 1977 (R. J. Cr. 657). También en la S. 28 septiembre de 1982 (La Ley T. 1982-4, pág. 617) se alega que el empresario no ha recibido el dinero, pero el T. S. no se ocupa de este punto.

(7) La inexistencia de una relación de confianza se pone de manifiesto en la S. 26 marzo 1955 (A. 607).

(8) Cfr. S. 17 febrero 1977 (J. Cr. 222).

(9) S. 7 mayo 1977 (J. Cr. 657).

Las razones que apoyan esta petición de indulto son la relativa cuantía de la cantidad en principio apropiada, el hecho de que después se devolviera y en definitiva el escaso perjuicio que se ocasionó (10).

## 2. POSICION DOCTRINAL

La doctrina penal no se ha ocupado demasiado de la cuestión objeto de este trabajo. En general se entiende, sin demasiada convicción, que se trata de un delito de apropiación indebida, pero ocasionalmente se han planteado otras posibilidades. Aquí se examinarán brevemente las distintas propuestas:

- 1) Malversación.
- 2) Estafa.
- 3) Apropiación indebida.
- 4) Delito del artículo 499 bis, exclusivamente o en concurso con la apropiación indebida.

### 2.1. *Malversación.*

La calificación de malversación requiere considerar que las cuotas descontadas a los obreros son caudales públicos o que en definitiva son subsumibles en alguno de los supuestos del artículo 399.

Ello no es correcto: Si ya resulta discutible considerar que el empresario posee el dinero de las cuotas en virtud de un título subsumible en el artículo 535, aún parece más difícil sostener que el dinero de las cuotas obreras de la S. S. supuestamente descontado del salario en el momento en que éste se ha hecho efectivo se convierten entonces precisamente en caudal público (11) aunque sea por asimilación.

### 2.2. *Estafa.*

Una segunda posibilidad para el castigo del empresario la ofrecen los tipos de estafa. La gran variedad de modalidades y las cláusulas abiertas existentes antes de la reforma de 1983 permitían sin duda la utilización de los tipos de estafa.

Sin embargo, y a pesar de la amplitud de los tipos, no se utilizó la estafa para el castigo de estos hechos.

L. Morillas (12) ha planteado la alternativa estafa —apropiación

(10) S. 17 febrero 1977 (R. J. Cr. 222).

(11) Vid. L. MORILLAS CUEVA, *El problema de la calificación jurídico-penal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social*, en Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos, Escuela Social de Granada, vol. VIII-IX, 1979-80, págs. 168-169.

(12) *El problema...*, cit., págs. 169-170.

indebida y se inclina por la segunda calificación, porque la entrega de la cosa— dinero en el supuesto en estudio es perfectamente regular y porque aquí no hay un engaño previo, que es característica esencial de los delitos de estafa. El engaño, si existe, cumple una función distinta de la de motivar un error que determina la entrega de la cosa, por consiguiente no es posible hablar de un delito de estafa.

En otros casos se entiende que la estafa es una vía de incriminación más insegura a causa de «la exigencia de variados elementos para la tipicidad de la estafa (13).

### 2.3. *Apropiación indebida (14).*

En el planteamiento doctrinal, al igual que en el jurisprudencial, el punto básico para la calificación de apropiación indebida es el título de posesión del empresario. Además se plantean también otras cuestiones: el perjuicio, la existencia de ánimo de lucro y una última cuestión que también ha sido planteada por la jurisprudencia: el supuesto de carencia de medios del empresario.

#### 2.3.1. *Título de posesión del comprador.*

En este punto la doctrina se limita normalmente a considerar los argumentos de la jurisprudencia y afirmar que el empresario posee el dinero retenido en virtud de un título subsumible en el artículo 535 del C. p.

En ocasiones dicho título se califica como *mandato o depósito* considerando que la propiedad del empresario se extingue en el momento de la retención; entonces pierde el dominio y se convierte en un mero poseedor obligado a entregar la cosa (15).

Otras veces se dice simplemente que la cuota descontada es dinero que el empresario ha recibido con obligación de entregar (16). Así, además del título de posesión, se afirma que el empresario *ha recibido* el dinero como exige el artículo 535 del C. p. (17).

(13) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid (Civitas), 1978, pág. 545.

(14) Vid. M. BAJO, *Derecho Penal Económico*, cit., págs. 545 y ss.; L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 171 y ss.; J. M.<sup>a</sup> STAMPA BRAUN-E. BACIGALUPO, *La reforma del Derecho Penal Económico Español. Informe*, Madrid (Instituto de Estudios económicos), 1980, pág. 14; F. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, C.P.C., núm. 16, 1982, pág. 120. En cambio, J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEvesa, *Derecho Penal Español*, Parte especial, Madrid, 1983, página 386, considera muy discutible esta calificación.

(15) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., pág. 173.

(16) M. BAJO, *Derecho Penal Económico*, cit., pág. 545.

(17) En relación a un tema muy próximo, la retención del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que en relación al título de posesión



### 2.3.2. *El perjuicio.*

Es sabido que para el delito de apropiación indebida se precisa la causación de un perjuicio. En el caso en estudio, por tratarse de una triple relación hay dos sujetos que aparentemente pueden resultar perjudicados: el trabajador y las entidades gestoras de la seguridad social, en definitiva el Estado.

En general se considera que el perjudicado es el ente gestor de la S. S. puesto que en principio los trabajadores siguen recibiendo las prestaciones.

El perjuicio se produce en el momento en que el empresario debía entregar las cuotas a la S. S. y en este mismo momento se consuma el delito. Por eso existe también el delito cuando se consigue el beneficio de pago aplazado (18).

### 2.3.3. *El ánimo de lucro y la carencia de medios económicos.*

En el análisis de la concurrencia de ánimo de lucro se plantean cuestiones distintas que responden a la diversidad de supuestos que se plantean ante los Tribunales. Hay casos en que el empresario usa en propio beneficio el dinero retenido a los trabajadores en concepto de cuota obrera a la S. S.; otros en que el dinero se invierte en la empresa y otros, en fin, en que no se hace ninguna de las dos cosas porque el dinero sólo existe formalmente.

En los dos primeros casos se entiende que existe ánimo de lucro. En cambio, en el último la doctrina niega la existencia de ánimo de lucro, e incluso de un acto de apropiación puesto que no hay objeto del que apropiarse (19).

### 2.4. *Delito del artículo 499 bis.*

La última posibilidad planteada por la doctrina consiste en aplicar el artículo 499 bis del C. p. ya sea exclusivamente, ya sea en concurso con el delito de apropiación indebida (20).

L. Morillas considera que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores es subsumible en el artículo 499 bis 1.º del C. p. (21). Al no ingresar en el INSALUD las cuotas desconta-

---

plantea un problema idéntico, se ha considerado también que existe un título subsumible en el artículo 535. Si no se admite que sea en depósito, comisión o administración, se dice que es indiscutible que se trata de un título «comprendido entre los innominados del artículo 535.». P. LÓPEZ VILLEGAS, «Las retenciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas y el delito de apropiación indebida», *Crónica Tributaria*, núm. 35, 1981, págs. 108-109.

(18) Vid. L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 173-174.

(19) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 175 y ss.

(20) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 178-179.

(21) El artículo 499 bis 1.º castiga al «que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborables o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales».

das del salario del trabajador el empresario impone al obrero condiciones de trabajo que perjudican sus derechos y ello lo hace utilizando maquinaciones o procedimientos maliciosos.

La única dificultad para subsumir estos hechos en el artículo 499 bis 1.º parece situarse en el perjuicio a los obreros. En principio el trabajador sigue recibiendo las prestaciones de la S. S., por esto se pone en duda la existencia de perjuicio. Mas aunque no se produzca la pérdida de prestaciones, se piensa que el trabajador puede tener una serie de dificultades integrantes del perjuicio exigido en el artículo 499 bis 1.º del C. p. (22).

La aplicación del artículo 499 bis no excluye el castigo por apropiación indebida, se trata de un concurso de delitos (23).

### 3. COMENTARIO

#### 3.1. Consideraciones previas.

a) El análisis de algunas de las sentencias dictadas por el T. S. en relación al impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores muestra una importante diversidad a nivel de hechos: Hay casos, la mayoría, en los que se habla de las dificultades económicas de la empresa, e incluso de la insolvencia de la misma, en cambio, en otros, no se hace ninguna referencia a este hecho y hay que pensar que la empresa es solvente. Por otra parte, el dinero formalmente retenido a los trabajadores se invierte, a veces, en la empresa, en cambio, en otros casos se utiliza en propio beneficio.

Con ello se trata de destacar desde el principio que es difícil dar una solución válida para todos los casos. Probablemente, cuando se dice que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida, se está pensando en el caso del empresario solvente que descuenta formalmente la cuota del salario de los trabajadores y no paga a la S. S. Pero en las sentencias del T. S. se condena por apropiación indebida en supuestos que no coinciden exactamente con el anterior.

b) Es frecuente que se mezclen acciones penales con acciones de otra naturaleza: solicitud de aplazamiento del pago o embargo de determinados bienes para hacerse pago de las deudas.

(22) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 177 y ss. En el mismo sentido, J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P.E., cit., págs. 326 y ss. Este autor expone que en la discusión del Proyecto se mencionó el impago de las cuotas retenidas a los trabajadores como supuesto subsumible en el artículo 499 bis. Sin embargo, hay que tener en cuenta que originariamente era el artículo 532 bis situado entre los delitos contra la propiedad.

(23) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., pp. 179-180. La razón que justifica el concurso se sitúa en el bien jurídico protegido en cada caso. El art. 535 protege intereses patrimoniales, en cambio el art. 499 bis tutela los derechos de los trabajadores. También RODRÍGUEZ DEVESA considera que se trata de un concurso de delitos —*Derecho Penal Español*, p. 334— a pesar de que considera «muy discutible» que el hecho constituya un delito de apropiación indebida —p. 386—.

c) El hecho de que exista una disposición legal estableciendo que en caso de impago se incurrirá en responsabilidad penal no significa que ésta sea automática, y mucho menos, por supuesto, cuando la disposición no tiene rango de ley. La responsabilidad penal, la imposición de una pena, requiere una serie de requisitos sin cuya concurrencia no es posible la imposición de pena alguna, por mucho que una ley o reglamento establezca que un determinado hecho da lugar a responsabilidad penal.

d) Por último, hay que poner de relieve que en muchos casos se produce un olvido de la parte subjetiva. Se habla a veces de ánimo de lucro, que el T. S. exige como elemento subjetivo del injusto en el delito de apropiación indebida, pero pocas veces se analiza la existencia de dolo. El dolo parece deducirse de la concurrencia de los elementos de la parte objetiva del tipo.

### 3.2. *La calificación de apropiación indebida.*

De las tres cuestiones planteadas al principio aquí se van a tratar las dos primeras: el título de posesión del empresario y la recepción del dinero. En el análisis de la concurrencia de estos elementos del delito se parte del supuesto del empresario solvente que no ingresa en la seguridad social las cuotas descontadas del salario de los trabajadores.

Como es sabido, para que exista el delito de apropiación indebida es necesario que se *haya recibido* el dinero en *depósito, comisión, administración o en virtud de otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo*. Las distintas calificaciones que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se han hecho de este título muestran la dificultad, o al menos la falta de claridad del tema.

La situación es la siguiente: El empresario en el momento en que paga el salario a los trabajadores está obligado a descontar del mismo el importe de la cuota del trabajador a la S. S. (artículo 68 1 y 2 de la LGSS), importe que debe ingresar en la entidad gestora correspondiente (art. 17 LGSS).

Normalmente, cuando el empresario paga el salario, sólo realiza este descuento formalmente, es decir, no separa de su patrimonio una parte de dinero destinada a la S. S. en concepto de cuotas de los trabajadores. En los casos de cumplimiento normal de las obligaciones con la S. S. el empresario hace efectivas las cuotas en los plazos exigidos por la ley sin establecer, en el período anterior al pago de una partida de dinero separada por el importe de las cuotas de los trabajadores.

Los problemas surgen cuando llegado el momento no se paga a la S. S. A partir de entonces se habla de incumplimiento de una obligación que puede generar incluso responsabilidad penal.

La responsabilidad podría existir si se demostrara que el empresario ha recibido el dinero y lo posee en virtud de un título

subsumible en el artículo 535 del C. p. Ello parece bastante difícil. Supone considerar que en un momento determinado, cuando se paga el salario, se produce un cambio de título de posesión en relación a un dinero que quizá en aquel momento ni siquiera existe en poder del empresario. Quien hasta entonces era dueño se convierte en un simple poseedor obligado a entregar el dinero bajo amenaza de una sanción penal.

Parece más correcto pensar que lo que nace en el momento de la retención es una obligación de pago que no difiere de las demás deudas más que en las excepcionales garantías establecidas para su cumplimiento: Recargos para los ingresos fuera de plazo y recaudación en vía ejecutiva (art. 18 LGSS).

La propia ley configura la cotización como una obligación pecuniaria, una deuda de dinero («obligación de cotizar», art. 67 LGSS). A ella están sujetos, por sus respectivas aportaciones empresarios y trabajadores.

Mas el sujeto primariamente «responsable» según la propia ley es el empresario y no el trabajador (art. 68). Es aquél a quien corresponde efectuar el descuento de la aportación de los trabajadores «en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones» (art. 68, 2) so pena de quedar «obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo». Y es el empresario quien ha de realizar el pago o ingreso (art. 68 en relación con los arts. 16 a 19).

Es precisamente la falta de este ingreso, el impago habiendo mediado el descuento, lo que determina que el empresario incurra en responsabilidad frente a los trabajadores y Entidades Gestoras afectadas «sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan» (art. 68, 3).

Parece que la realización del descuento comporta una agravación de la responsabilidad del empresario en caso de impago. La razón que podría justificar esta agravación y al mismo tiempo servir de base a la responsabilidad penal a título de apropiación indebida sería un cambio de propietario. Es decir, que a partir del momento del descuento el dinero pasará a ser propiedad de los trabajadores o de las entidades gestoras. Sin embargo, ello no parece ser así.

El dinero descontado *no es propiedad de los trabajadores*. Esto sería una ficción. En realidad los trabajadores no han llegado jamás a adquirir disponibilidad alguna de su cuota. Y *tampoco es propiedad de las entidades gestoras*. Aparte de que la titularidad del dinero no se adquiriría sino con su entrega, la ley se cuida de aclarar que la posición jurídica del Ente es la de un acreedor (art. 67 y ss. en relación con 16 y ss.) que puede acudir a un régimen privilegiado de ejecución forzosa pero no a nada similar a una acción real.

El empresario no pierde la propiedad del dinero, aunque tenga obligación de entregarlo a la entidad gestora de la S. S., y por consiguiente no puede cometer un delito de apropiación indebida.

Antes se ha visto (24) que las calificaciones doctrinales del título de posesión eran bastante vagas: «título que oscila entre el mandato y el depósito», «obligación de entregar»..., etc. Ello es explicable si se parte de la base de que el empresario pierde la propiedad, entonces ciertamente resulta difícil calificar el título de posesión. En cambio, si se piensa que lo que se produce en el momento del descuento es el nacimiento de una obligación impuesta directamente por la ley, la cuestión es mucho más sencilla.

Por otra parte, también resulta problemático afirmar que el empresario ha recibido el dinero (25) porque en realidad el dinero no le ha sido entregado. Podría pensarse que la entrega material se sustituye por una ficción por razones prácticas, puesto que sería absurdo que se pagara el salario íntegro al trabajador e inmediatamente éste devolviera una parte al empresario en concepto de cuota obrera a la S. S. Pero este sistema, indudablemente menos práctico, al menos garantizaría la existencia del dinero en el momento del pago del salario.

Las dificultades que plantea la recepción explican que la jurisprudencia haya recurrido en ocasiones a una figura en la que no es necesaria la entrega para la transmisión de la propiedad: la «*constitutum possessorium*».

En nuestro sistema jurídico los contratos no transmiten en principio la propiedad o derecho real de que se trate, sino que para ello es precisa además la tradición o entrega —la transmisión de la posesión— del objeto de aquella titularidad (26).

Mas no siempre es necesaria una entrega material. En ciertos casos esa exigencia viene dulcificada por una serie de expedientes que reducen el requisito de la entrega a una mera formalidad o que, incluso, prescinden de él (27).

Uno de esos expedientes es la figura conocida como *constitutum possessorium*. La figura fue pensada para el caso de que las partes acordaran simultáneamente la enajenación de la titularidad —por ejemplo la propiedad— de la cosa y la permanencia del enajenante en la posesión de la misma en concepto de otra titularidad distinta —por ejemplo el arrendamiento— que entonces se creaba: *Cuando quien vende permanece en la posesión como arrendatario no hace falta la entrega material de la cosa para transmitir su propiedad* (28). La doctrina mayoritaria tiende a considerar al adquirente propietario y poseedor mediato mientras que el enajenante pierde la propiedad y deviene arrendatario y poseedor inmediato de la cosa enajenada.

(24) Vid. supra 2.3.1.

(25) J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., p. 386, considera muy discutible la calificación de apropiación indebida porque «no se han recibido las cantidades».

(26) Cfr. principalmente arts. 609 y 1095 C. c.

(27) Cfr., por ej., arts. 1.462 a 1.464 C. c.; art. 277 Comp. cat.; Ley 568 de la Comp. Navarra; art. 339 C. com.

(28) Claramente art. 277-1 Comp. cat.

Considerar que el trabajador a adquirido a efectos jurídicos plenos la titularidad y posesión del dinero retenido constituye una ficción. Ello lo demuestra el hecho de que en la práctica no ha podido disponer del mismo en ningún momento del proceso. El trabajador no adquiere la propiedad del dinero retenido, por consiguiente no parece procedente hablar de *constitutum possessorium* (29).

En resumen:

a) El empresario no recibe el dinero. Por ley se le impone la obligación de retener un porcentaje del salario del trabajador, pero no parece posible sostener que desde el momento de la retención el dinero pasa a ser propiedad del trabajador, ni tampoco del Estado, éste sólo adquiere la propiedad en el momento del pago.

b) El empresario posee el dinero a título de dueño. A partir del momento de la retención nace una obligación de pago cuyo incumplimiento quizá sea merecedor de una sanción penal, pero no por apropiación indebida.

### 3.3. *Los supuestos de dificultades económicas o insolvencia de la empresa.*

Sólo tiene sentido plantear esta cuestión si se parte de que el impago a la S. S. de la cuota retenida a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida. Aunque ello no parece posible, creo oportuno hacer una breve referencia a este supuesto porque la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que se trata de un delito de apropiación indebida.

Para que el empresario que no paga a la S. S. las cuotas de los trabajadores cometa un delito de apropiación indebida, será indispensable que tenga la posibilidad de realizar el pago. En estos casos se pone claramente de relieve el carácter ficticio de la retención. A veces el empresario consigue pagar los salarios pero le es totalmente imposible separar y pagar la cuota obrera de la S. S. Entonces es indudable que no hay apropiación indebida porque no hay nada de que apropiarse. Así lo ha reconocido el T. S. (30) y lo sostiene la doctrina unánimemente.

### 3.4. *Las demás calificaciones: malversación, estafa y 499 bis.*

En relación al delito de malversación comparto la opinión antes expuesta (31) de que el dinero retenido no puede calificarse como caudal público ni siquiera por asimilación.

(29) La sentencia 28 septiembre 1982 (*La Ley*, T. 1982-4, pp. 617) no acepta que se trate de la figura del *constitutum possessorium*.

(30) S. 24 junio 1980 (J. Cr. 809).

(31) Vid. supra I. I. 2.

Por lo que se refiere a la estafa, en principio, en el caso normal —retención e impago— no concurren los elementos de este delito.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el artículo 499 bis 1.º la cuestión es más compleja. Se trata de considerar que el empresario que no abona al Insalud las cuotas de la S. S. retenidas a los trabajadores les impone maliciosamente condiciones de seguridad social que perjudican sus derechos. Es difícil pensar que ello sucede en todos los casos de impago de las cuotas retenidas, pero sí puede suceder en algunos.

En general, en los supuestos en que el empresario no abona al Insalud la cuota obrera, no abona tampoco la cuota empresarial y ello puede sin duda, causar perjuicios a los trabajadores. Aunque la S. S. siga otorgando las prestaciones al trabajador, éste puede tener algunas dificultades para obtenerlas, y ello parece suficiente para afirmar que se ha perjudicado al trabajador, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de un delito contra la seguridad.

Pero el artículo 499 bis exige algo más que unas condiciones laborales que perjudiquen los derechos de los trabajadores. Exige que tales condiciones se impongan usando maquinaciones o procedimientos maliciosos. Por ello no se puede decir sin más que el empresario que no paga a la S. S. la cuota obrera retenida al trabajador incurre en el 499 bis. Es posible que la conducta del empresario de lugar a este delito, pero sólo cuando las condiciones perjudiciales se hayan impuesto mediante procedimientos o maquinaciones maliciosos.

#### 4. CONCLUSION

En los libros de parte General del Derecho Penal se acostumbra a afirmar que el Derecho penal es la *última ratio*. Ello significa que sólo debe acudir al Derecho penal cuando los demás medios al alcance del Estado son ineficaces o insuficientes. También se afirma que el Derecho penal tiene carácter fragmentario, es decir, que no protege de un modo absoluto todos los bienes jurídicos. Esto último tiene como consecuencia que la afirmación de que un determinado comportamiento no constituye delito, no implique, o al menos no deba implicar, una valoración positiva del mismo. Puede tratarse de una lesión de un bien jurídico para la cual no está prevista una sanción penal.

Sin embargo, a veces parecen olvidarse estos principios. Ello sucede tanto a nivel de legislación como de aplicación práctica del Derecho penal. En efecto, en los últimos años se observa un constante recurso al Derecho penal y parece olvidarse que no basta la inclusión de una disposición en el Código penal, o una interpretación que permita subsumir conductas distintas a las tradicionales en un determinado artículo, para resolver un problema deter-

minado. La prevención de comportamientos que se consideran indeseables no pasa siempre y necesariamente por el establecimiento de una sanción penal.

En relación al supuesto de la sentencia comentada hay que plantear en primer lugar si es necesario el recurso al Derecho penal para conseguir que los empresarios paguen a la S. S. la cuota descontada del salario de los trabajadores. De ser afirmativa la respuesta, habrá que preguntar cómo: Mediante la incriminación por la vía de la apropiación indebida como se hace en la actualidad, o a través de la incriminación expresa.

Doctrina y jurisprudencia dan una respuesta afirmativa a la primera cuestión. Se considera adecuado castigar los hechos en estudio como un delito de apropiación indebida, a veces incluso en curso con un delito del artículo 499 bis. Ello implica reconocer que los recursos arbitrados por la LGSS son insuficientes. Pero habría que añadir una reflexión a esta contestación. No parece que la utilización del Derecho penal haya evitado ni disminuido el fraude a la S. S., es decir que no ha cumplido el efecto de prevención que se le asigna.

En relación a la segunda posibilidad el Proyecto de C. p. de 1980 incluye un tipo que incrimina específicamente esta conducta, tendencia que ha sido considerada críticamente por algún sector doctrinal (32). En cambio en la PANCP no se tipifica expresamente este comportamiento (33).

Pero, si realmente se considera necesario el recurso al Derecho penal, y dado lo dudoso y discutible de la incriminación como delito de apropiación indebida, creo que es indispensable la incriminación expresa.

---

(32) F. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos...*, cit., p. 120.

(33) Cfr. L. MORRILLAS, *Los delitos laborales*, en *Documentación jurídica*, enero-diciembre 1983, núms. 37-40, vol. 2 págs. 482 y ss.