



Roj: **STS 10400/1992 - ECLI: ES:TS:1992:10400**

Id Cendoj: **28079120011992103763**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/1992**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 2.272.-Sentencia de 3 de julio de 1992**

PONENTE: Excmo. Sr. don Enrique Bacigalupo Zapater.

PROCEDIMIENTO: Recurso de casación por infracción de Ley.

MATERIA: Delito de apropiación indebida: persona jurídica. Personas jurídicas: responsabilidad penal.

NORMAS APLICADAS: Arts. 15 bis y 535 CP .

DOCTRINA: El supuesto previsto por el art 15 bis CP implica necesariamente la ejecución de una acción típica de una manera directa o indirecta (en los casos en los que resulte posible la autoría mediata). Se trata de una disposición que no compensa la falta de una acción, sino la ausencia de las características típicas de la autoría en la persona del autor. Por tanto, sólo es aplicable para tener por acreditadas estas características cuando, en todo caso, el autor ha realizado la acción típica.

En la villa de Madrid, a tres de julio de mil novecientos noventa y dos.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante nos pende, interpuesto por el procesado Bartolomé , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, que le condenó por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al final se expresan se han constituido para la deliberación y fallo, bajo la presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. don Enrique Bacigalupo Zapater, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Fernández Turégano.

### **Antecedentes de hecho**

Primero: El Juzgado de Instrucción de Tarazona instruyó sumario con el número 16/83 contra Bartolomé , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, que, con fecha 19 de diciembre de 1988, dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado: Primer resultando: Probado, y así se declara, que la entidad «Construcciones Quintero, S. A.» realizó en Borja unas obras para residencia de pensionistas durante los años 1978 y 1979, siendo el Presidente del Consejo de Administración de la sociedad del procesado Bartolomé , mayor de edad, y sin antecedentes penales, la cual en la confección de las nóminas de los trabajadores retuvo las correspondientes a los conceptos de cuota obrera de la seguridad social, Impuesto sobre Rendimiento de Trabajo Personal en 1978 e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en 1979, en tiempo comprendido entre abril de 1978 a mayo de 1979, importando la primera 170.392 pesetas, y sin concretar las dos últimas, pese a lo cual no ingresó las cuotas detraídas en los correspondientes organismos administrativos y dispuso de ellas en su provecho. La expresada sociedad anónima atravesaba una notoria crisis económica, reflejo de la existente en aquel tiempo en toda la economía nacional con despido e indemnizaciones a obreros suyos, y del metálico existente en la caja, dio preferencia a las nóminas de los obreros.

Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que Debemos condenar y condenamos a Bartolomé como autor responsable de un delito de apropiación indebida sin la concurrencia



de circunstancias a la pena de un mes y un día de arresto mayor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, y derecho de sufragio, durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales, así como a que abone a Tesorería General de la Seguridad Social la cantidad de 270.392 pesetas más los intereses legales desde la sentencia como indemnización de perjuicios, absolviéndole a la indemnización solicitada por el Letrado del Estado.

Declaramos la insolvencia de dicho procesado, aprobado en auto que a este fin dictó y consulta el Sr. Juez Instructor.

Tercero: Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por el procesado Bartolomé, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto: La representación del procesado basa su recurso en los siguientes motivos de casación: 1.º Amparado en los artículos 5, número 4, LOPJ, y 849, número 1, LECrim. Por violación de los artículos 24, número 2, párrafo 1.º de la Constitución de 1978, y 14 del Código Penal. 2.º Amparado en el artículo 849, número 1, LECrim., por violación de los artículos 101, número 3 del Código Penal.

Quinto: Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación cuando por turno correspondiera.

Sexto: Hecho el señalamiento de la deliberación prevenida, se celebró la votación el día 22 de junio de 1992.

### Fundamentos de Derecho

Primero: El primero de los motivos del recurso cuestiona la afirmación del Tribunal «a quo» en la que se sostiene la adecuación del comportamiento del recurrente al tipo penal del artículo 535 CP. La impugnación de la defensa se fundamenta en que el procesado no tuvo participación alguna en el hecho de la apropiación, razón por la cual la única razón de su condena sería el desempeño de la presidencia del Consejo de Administración de la entidad «Construcciones Quintero, S. A.»

El motivo debe ser estimado.

La Audiencia no pudo determinar en los hechos probados qué participación tuvo el procesado en la omisión de ingreso a la Seguridad Social de las retenciones practicadas en las nóminas de los trabajadores. Por ese motivo las acciones concretas de apropiación se imputan a la sociedad anónima y no a personas físicas concretas.

En el derecho penal español la responsabilidad se fundamenta en acciones de personas físicas. Por el contrario, se parte de la base -al menos hasta hoy- de que las personas jurídicas o los conjuntos de personas carecen, en principio, tanto de la capacidad de acción como de la capacidad de la culpabilidad que requiere el derecho penal. Ello no excluye, de todos modos, que en el derecho sancionatorio administrativo se acepte que personas jurídicas, sociedades, etc., puedan ser objeto de Sanciones, carentes de las notas propias de las sanciones penales.

En principio, por tanto, no es posible hablar de una acción de apropiación indebida, en el sentido del artículo 535 CP, considerando como sujeto de la misma a una sociedad mercantil. En este primer aspecto del problema es indudable que el punto de partida de la sentencia recurrida es erróneo.

A partir de esta errónea premisa, la Audiencia ha concluido que «la responsabilidad de la sociedad mercantil, como persona jurídica, recae en el procesado por aplicación del artículo 15 bis del Código Penal». Como es claro, también esta conclusión es equivocada. El artículo 15 bis CP no contiene "y una hipótesis que permita responsabilizar a una persona física por la acción de otras; por ejemplo, por la acción del empleado, órganos o representantes de una sociedad mercantil que hubieran actuado en nombre de la entidad. El supuesto previsto por el artículo 15 bis CP implica necesariamente la ejecución de una acción típica de una manera directa o indirecta (en los casos en los que resulte posible la autoría mediata). Se trata de una disposición que no compensa la falta de una acción, sino la ausencia de las características típicas de la autoría en la persona del autor. Por tanto, sólo es aplicable para tener por acreditadas estas características cuando, en todo caso, el autor ha realizado la acción típica. Consecuentemente, se pone de manifiesto que la sentencia recurrida se apoya en un doble error: no sólo es erróneo admitir que una sociedad mercantil haya podido realizar como tal una acción de apropiación en el sentido del artículo 535 CP, sino que también lo es considerar que mediante el artículo 15 bis CP se puede prescindir de la acción de la persona física para establecer la responsabilidad penal por la actuación en nombre de otro. Esto último choca ya con la letra del artículo 15 bis CP, que establece con claridad que las consecuencias jurídicas que prevé se aplican «al que actúe», como directivo en órgano de la persona jurídica, etc.



Lo anteriormente expresado no excluye, como es claro que el presidente de una sociedad anónima sólo sea responsable penalmente cuando realiza por sí mismo o por medio de otros la acción típica. Naturalmente, dada la posición del presidente de la sociedad cabrá pensar en su posible calidad de garante para impedir la realización de acciones delictivas de parte de sus subordinados dentro de la entidad. Pero en el presente caso no existe ningún elemento en el hecho probado que pudiera permitir imputar al procesado la autoría por omisión de la apropiación indebida, toda vez que no se ha acreditado, por lo menos, que el mismo hubiera tenido conocimiento de las circunstancias de las que depende del deber de actuar, como es claro, teniendo en cuenta el carácter doloso del delito de apropiación indebida tampoco hubiera sido suficiente acreditar que no hubiera llegado a conocer dichas circunstancias por negligencia. En tales condiciones fácticas resulta innecesaria una discusión sobre los demás aspectos de la posible responsabilidad omisiva del procesado.

Segundo: Teniendo en cuenta la estimación del primero de los motivos del recurso, carece de toda relevancia práctica el tratamiento del restante del mismo.

#### **FALLAMOS:**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación del procesado Bartolomé contra la sentencia dictada el día 19 de diciembre de 1988 por la Audiencia Provincial de Zaragoza en la causa seguida contra el mismo por un delito de apropiación indebida. Declaramos de oficio las costas causadas.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos.

ASI por esta nuestra sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Enrique Ruiz Vadillo.-Enrique Bacigalupo Zapater.-Justo Carrero Ramos.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. don Enrique Bacigalupo Zapater, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

#### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la villa de Madrid, a tres de julio de mil novecientos noventa y dos.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Tarazona, con el número 16/83, y seguida ante la Audiencia Provincial de Zaragoza por delito de apropiación indebida contra el procesado Bartolomé, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 19 de diciembre de 1988, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al final y bajo la ponencia del Excmo. Sr. don Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

#### **Antecedentes de hecho**

Único: Se aceptan y reproducen íntegramente los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza y los demás antecedentes de hecho de la pronunciada por esta Sala.

#### **Fundamentos de Derecho**

Único: El hecho probado no permite acreditar que el procesado haya realizado por sí o por medio de otros la acción de apropiación, ni tampoco que hubiera tenido conocimiento de que otros la realizaran o que con una mayor diligencia hubiera podido saber esto último.

#### **FALLAMOS:**

Que debemos absolver y absolvemos al procesado Bartolomé del delito de apropiación indebida de que venía acusado, declarando de oficio las costas causadas.

ASI por esta nuestra sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Enrique Ruiz Vadillo.-Enrique Bacigalupo Zapater.-Justo Carrero Ramos.-Rubricados.



Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. don Enrique Bacigalupo Zapater, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ