



Roj: **STS 16361/1993** - ECLI: **ES:TS:1993:16361**

Id Cendoj: **28079120011993108242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/1993**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO MONER MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 1.899.-Sentencia de 2 de junio de 1993**

PONENTE: Excmo. Sr. don **Eduardo Moner Muñoz**.

PROCEDIMIENTO: Casación por error de Derecho.

MATERIA: Sobreseimiento: Non bis in idem.

NORMAS APLICADAS: Arts. 789 y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencia de 20 de diciembre de 1991 .

DOCTRINA: El sobreseimiento es una resolución judicial que adopta la forma de Auto, y que produce la terminación del proceso penal o la suspensión del mismo por falta de los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral, denominándose respectivamente libre y provisional. Sólo el primero es equiparable a una Sentencia absolutoria anticipada, produciendo el efecto de cosa juzgada material, igual que aquélla, que impide un segundo proceso por el mismo hecho y respecto de la misma persona. No puede afirmarse con carácter absoluto que todas las resoluciones de archivo, decretadas por los Jueces de Instrucción en el trámite de diligencias previas, constituyen Autos de sobreseimiento libre, con la trascendencia que los mismos conllevan. De esta forma, en todos los supuestos, aun dudosos, por el mero archivo de las actuaciones, no podrían reabrirse las diligencias, y producirían el efecto de cosa juzgada, es decir, no se prevé en ningún caso un archivo provisional, lo cual conduce al absurdo. Y no cabría aplicar el último inciso de la misma regla 1.º del art. 790 citado, porque ello entraña que no hubiese autor conocido. Tal conclusión no puede aceptarse. El sobreseimiento libre se pronuncia ante la falta absoluta de tipicidad del hecho, o de la responsabilidad penal de su presunto autor -cfr. Tribunal Supremo Sentencias 1655 y 20 de diciembre de 1991 -. El Auto de sobreseimiento exige a qué hechos se refiere el mismo y las razones jurídicas que ha tenido el juzgador para entender que los hechos no constituyen delito. En suma, exige la motivación anticipada. Los Autos aludidos carecen de cualquier fundamentación, y por tanto, no pueden gozar del carácter y efectos del sobreseimiento libre, y por ello, el motivo debe ser rechazado.

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

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, que ante nos pende, interpuesto por el procesado Jose Enrique , contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, 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 votación y fallo, bajo la presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. don **Eduardo Moner Muñoz**, siendo también parte el Ministerio Fiscal y Romeo , Ismael , Diego y Alexander , y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Olivares Santiago.

### **Antecedentes de hecho**

Primero: El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Elche instruyó sumario con el núm. 12/1985, contra Jose Enrique , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, que, con fecha 14 de diciembre de 1990, dictó Sentencia que contiene el siguiente hecho probado: 1.º Probado y así expresamente se declara que, el



procesado, Jose Enrique , nacido el 15 de abril de 1939, de ignorada conducta y sin antecedentes penales, además de otras actividades comerciales que desempeñó anteriormente al año 1969, a partir de este año, al menos venía desarrollándose profesionalmente como industrial del gremio del calzado en la ciudad de Elche, dedicándose en principio a la fabricación, comercialización y exportación a países extranjeros -esencialmente los Estados Unidos de América- de zapatos, exteriorizando dicha actividad en determinadas empresas, como sociedades anónimas que él **constituía legalmente** y de las cuales era presidente y consejero delegado, junto con otros accionistas si bien en su condición de socio mayoritario actuaba con plenitud de facultades de dirección y gerencia, acumulando en su persona la plena responsabilidad y actividad de su gestión, y que tuvo su reflejo concreto en las siguientes sociedades: «Miguel Hernández, S. A.», constituida el 23 de septiembre de 1969 y debidamente incorporadas al Registro Mercantil, con un capital social de 10.500.000 ptas. y domicilio legal en la calle General Yagüe, s/n, hoy Antonio Machado, de Elche, repartiéndose las acciones a razón de un 50 por 100, dicho Sr. Jose Enrique y el resto, salvo dos acciones que pertenecían a otras personas, era titular la entidad «Caresa» de origen norteamericano, por razón del control del mercado de su país, si bien las funciones de plena dirección y gestión era asumidos por el procesado, tanto por su condición de socio mayoritario como por ser Presidente del Consejo de Administración, Consejero Delgado y Gerente con plenos poderes, todas cuyas atribuciones se tenía plenamente adjudicado. De forma sucesiva esencialmente en el tiempo, aunque coincidiendo o simultaneando su actividad en determinados períodos, dado lo floreciente del negocio del calzado, la enorme demanda de los mercados extranjeros, así como las previsiones que se hacían para un futuro próximo, el procesado promovió la creación de otras sociedades de igual carácter anónimo, con idéntica finalidad mercantil que aquélla, surgiendo bajo sus auspicios: «Mayer, S. A.», que se constituye y registró el 2 de julio de 1971, también en Elche, domiciliándose en la misma calle General Yagüe en el núm. 75, con un capital social de 1.750.000 ptas. «Troquelados Herma, S. A.», constituida y registrada el 26 de julio de 1972, con un capital social de 1.000.000 de ptas. y domiciliada en la calle Doctor Sapena, núm. 15, de Elche; «Jymar, S. A.», constituida el 1 de agosto de 1972, con un capital social de 2.500.000 ptas. y domiciliada en la repetida calle General Yagüe, núm. 84, de Elche, teniendo distribuidas las acciones, todas ellas, en idénticos términos que la primera citada, o lo que es lo mismo el Sr. Jose Enrique era socio mayoritario con el 50 por 100 y una buena parte del resto pertenecía a la mencionada «Caresa», que aparecía como única compradora del producto, con destino al referido comercio de los Estados Unidos de América. En iguales términos, el Sr. Jose Enrique , en su condición de Director Gerente, asumía las funciones exclusivas de administración con plenos poderes para llevar a cabo el fin propuesto, según su personal criterio, dirigido a la confección y comercialización del calzado en los términos expuestos. La prosperidad de las empresas, reflejadas en la abundante producción y fácil venta del producto a los mercados americanos, produjo un elevadísimo número de trabajadores, a las órdenes del procesado, en su actuación simultánea en determinados momentos, y después sucesiva, que llevó a sobrepasar los mil obreros, con el consiguiente reflejo de la absorción de los correspondientes puestos de trabajo, que lógicamente habría de repercutir en una situación beneficiosa para la mano de obra de Elche -por éstas y otras entidades similares-, y su reflejo en la economía de la zona y sus habitantes. Aún se crea otra sociedad similar, con idénticos condicionamientos, «Calzasport, S. A.», que se constituye **legalmente** el 23 de enero de 1973, con un capital social de 1.500.000 ptas. domiciliándose en la calle Murcia, s/n, de Elche, siempre bajo el control real del procesado, que también lleva a cabo todas las funciones de gestión y dirección, cualquiera que sean los demás propietarios o accionistas. Estos primeros años de esplendor permitieron que se hiciera frente a las obligaciones de todo tipo, entre las que estaban, tanto el abono de las cuotas correspondiente a los salarios de los obreros para la Seguridad Social, como los ingresos de los mismos, periódicos y obligados, y referidos a los impuestos derivados del rendimiento de trabajo personal y destinados a la Hacienda Pública, previo asiento de las cuotas correspondientes en la contabilidad de las empresas, primero reteniendo y luego ingresando en los respectivos organismos. Esta actividad, considerada normal, sufrió un cambio en los siguientes términos. A) Cuando surgió la crisis económica a nivel mundial, con su repercusión en la industria del calzado, que se vio considerablemente mermada en su principal comprador, los Estados Unidos de América, las empresas del Sr. Jose Enrique sufrieron dicho embate, disminuyendo sensiblemente sus ventas y consiguientemente sus beneficios, lo que se vio reflejado en la marcha de aquéllas, reduciendo su producción y mano de obra, con reestructuración de los precios de costo y venta del producto, lo que permitió al procesado plantearse la forma de eludir o disminuir gastos, llevándolo a cabo simplemente, a partir de 1977, a base de dejar de ingresar las sumas periódicas de cuotas obreras de la Seguridad Social, así como el impuesto del rendimiento de trabajo personal de sus trabajadores, no obstante efectuar los descuentos de tales conceptos en las respectivas nóminas de personal, que se quedaba en su propio beneficio, manteniendo sin embargo otros pagos, como salarios estrictos, importe de materias primas, gastos de mantenimiento, etc., que consideraba preferentes para propiciar la continuidad en la producción, con la consecuencia consiguiente de producirse un enriquecimiento a expensas de aquellas entidades públicas, y concretándose de este modo las retenciones en las siguientes cuantías y períodos: a) Respecto de «Miguel Hernández, S. A.», desde abril de 1977 a julio 1978, la suma 8.189.280 ptas. por retenciones de la cuota obrera de sus trabajadores para la Seguridad Social y la suma de 18.998.168 ptas. por impuestos de los mismos, por



rendimiento de trabajo personal; b) respecto de «Jynar, S. A.», desde septiembre de 1977 a julio de 1980, con la cuota obrera referida a la Seguridad Social, 219.283 ptas. y por los impuestos de los trabajadores a la Hacienda Pública, 1.135.950 ptas. c) respecto de «Troquelados Herma, S. A.», desde abril de 1974 a enero de 1980, por el primer concepto repetido 556.698 ptas. y por el segundo concepto, 4.125.493 ptas. d) respecto de «Mayher, S. A.», desde abril de 1977 a marzo de 1980, por el primer concepto, 10.358.192 ptas. y por el segundo concepto, desde 1970 a 1979, la suma de 16.822.394 ptas. Asimismo creó el Sr. Jose Enrique , en 19 de febrero de 1979, la entidad «Miguel Hernández Internacional, S. A.», que domicilió en la calle General Yagüe, núm. 86 de Elche, con un capital social de 1.000.000 de ptas. ya destinada a la exclusiva comercialización del calzado que fabricaban otros, como luego se verá, y de la cual era él principal y mayoritario accionista, verdadero propietario, y desempeñando como siempre los cargos directivos con exclusividad, y respecto de cuya nueva sociedad, al igual que las otras citadas, no obstante retener a sus obreros las cuotas para la Seguridad Social así como los impuestos por rendimiento del Trabajo Personal, no efectuaba los oportunos ingresos, beneficiándose con ello, y resultado que, desde abril de 1981 a septiembre de 1984, llegó a incorporar a su patrimonio por la cuota obrera de la Seguridad Social 1.376,484 ptas. no constando acreditado cual fuera la retención por razón del impuesto de rendimiento de trabajo personal. B) Como complemento de la actividad expuesta y tendente a la obtención de beneficios económicos a costa de eludir los abonos a que estaba obligado en los términos explicados, el procesado Sr. Jose Enrique que había ido cerrando sucesivamente sus sociedades o refundiéndolas hasta quedarse prácticamente con una sola en activo «Matyher, S. A.», referida a la fabricación de calzado, la cual absorbió obreros, maquinaria, materias primas y locales de las otras, siempre bajo su control exclusivo y absoluta dirección, eludiendo denuncias y reclamaciones de diversa índole que surgieron o pudieron surgir, urdió un plan de continuación de su actividad comercial, referida a la fabricación de calzado, pero ya no apareciendo él personalmente, ni como accionista ni como miembro del Consejo Directivo o Director Gerente al frente de la explotación, personal y directamente como hasta ahora, seguía haciendo, frente a los acreedores, pero dirigido esencialmente a seguir eludiendo esencialmente el abono de las cantidades devengadas a la Seguridad Social así como el correspondiente impuesto por el rendimiento de Trabajo personal, con la consiguiente repercusión que suponía el beneficiarse con tales conceptos al ser retenidos y apropiados por el procesado, y así estableció contactos con los otros procesados den esta causa Romeo , nacido el 13 de noviembre de 1936, de ignorada conducta y sin antecedentes penales, Ismael , nacido el 21 de marzo de 1930 y Diego , nacido el 8 de diciembre de 1942, ambos también de ignorada conducta y sin antecedentes penales, todos los cuales venían trabajando en las anteriores empresas, ocupando puestos diversos pero vinculados a la función material de fabricación de zapatos, o en la administración, pero sin funciones de gestión, a quienes explicó sus planes, concertando todos ellos crear como así hicieron, una sociedad nueva, dedicada a fabricar calzado, en la que no obstante seguir siendo dueño y gestor material y efectivo de toda actividad de explotación el procesado Sr. Jose Enrique , aquellos actuarían como cabezas visibles en los órganos directivos y de gerencia, cara al exterior, pero que en realidad encubrían al verdadero titular el cual como tal dueño les suministraría el dinero para subsistir, respaldado por la entidad "Miguel Hernández Internacional, S. A.", dándoles lo justo para el abono de los salarios estrictos a los trabajadores, no obstante confeccionarse las nóminas completas, con inclusión de las cuotas que se tendrían para la Seguridad Social, así como para abono de impuestos por rendimiento del trabajo personal, proporcionándoles también otras sumas concretas, destinadas a abonos de subsistencia mínima, el alquiler de locales y maquinaria que esencialmente les pertenecía también, casi su totalidad, en propiedad. En estos términos establecido el acuerdo, los otros procesados obtendrían un elevado sueldo, aparte no desembolsar ni unas pesetas de las acciones que les eran adjudicadas. De este modo se creó la entidad «Tempay, S. A.», que quedó **legalmente** constituida el 19 de diciembre de 1979, como continuación de la ya citada, y única superviviente en cuanto a fabricación, «Maryher, S. A.», que desaparecía, pasando íntegramente su personal obrero a la nueva, que se instaló en los locales de aquélla, utilizó las mismas máquinas, casi todas del Sr. Jose Enrique , así como se incorporo sus existencias, pero sin que apareciera formalmente como accionistas, dicho Sr. Jose Enrique , con la finalidad de eludir cualquier responsabilidad u obligación de cualquier responsabilidad u obligación de cualquier tipo, por la actuación de esta nueva sociedad, que formalmente establecía un acuerdo oficial con la ya citada «Miguel Hernández Internacional, S. A.», para que ésta adquiriera la totalidad de la producción y así justificar los escasos recursos de que dispondría, esencialmente destinados a aquellos abonos de supervivencia, no obstante sentarse en las respectivas nóminas del personal, como pagados, los descuentos referidos a las cuotas obreras de la Seguridad Social e impuestos al Tesoro, en los términos explicados, que pasaban al patrimonio del Sr. Jose Enrique en su particular beneficio. Esta sociedad «Tempay, S. A.», se creó con un capital social de 2.000.000 de ptas. que aportó íntegramente el Sr. Jose Enrique , que incluso abonó gastos de escritura y registro, apareciendo como Presidente del Consejo de Administración Romeo ; como Secretario, Diego y como Gerente, Ismael , e incorporado dicho Sr. Jose Enrique como Vicepresidente a su propio hijo, el también procesado Enrique , nacido el 28 de diciembre de 1960, el cual acababa de regresar del servicio militar, desconocía en absoluto los planes de su padre y sus compañeros en los términos explicados y que aceptó el puesto con ilusión e ignorancia de la que se tramaba, dispuesto a trabajar en lo que le mandaran,



simplemente para obtener un puesto de trabajo e iniciarse en el negocio familiar, y todo ello ante la promesa de que trabajaría como un obrero más y no tendría que preocuparse, puesto que, no habría de tomar ningún acuerdo de gestión a pesar del cargo que se le había otorgado. Los otros dos procesados, Romeo , Diego y Ismael , aparte de conservar sus puestos de trabajo -que perderían al cerrarse «Mayher,- S. A.», si no aceptaban la propuesta del Sr. Jose Enrique - y además obtener un sustancioso sueldo por su intervención, de esta forma eludirían problemas por el personal anterior que no quedaba en la calle, con la repercusión que ello supondría en el orden laboral, manteniéndolos en sus puestos y comprometiéndose con ellos, siempre bajo el control e intervención del verdadero dueño, a establecer los adecuados convenios reguladores con el comité de empresa, garantizándoles los salarios, incentivos, derechos de antigüedad y cualquier otro beneficio adquirido -lo que en efecto se llevó a cabo realmente- confeccionando las actas correspondientes de esos acuerdos que fueron comunicados a la Delegación de Trabajo. Así funcionó esta empresa, mientras les convino, durante cuyo tiempo, concretamente desde enero de 1980 hasta junio de 1981, fueron retenidos en concepto de cuotas obreras de la Seguridad Social la suma de 8.610.639 ptas. que se quedó en su beneficio el Sr. Jose Enrique . Cuando la situación de la empresa «Tempay, S. A.», se hizo insostenible, al haber acumulado múltiples deudas, aparte las referidas retenciones, descontadas pero no abonadas, nuevamente el Sr. Jose Enrique y sus compañeros, los otros procesados que con él pactaron -siempre sin la intervención de Enrique - acordaron hacer desaparecer «Tempay, S. A.», y crear otra nueva sociedad «Safide, S. A.» que al igual que la otra no incluía oficialmente al Sr. Jose Enrique y en la que directivos Romeo , Ismael y Diego ya se excluyó a Enrique , que siguió como un obrero más, trabajando de cronometrador llevándose a cabo todo el trasvase de sociedades, con idénticas promesas a los obreros, que en el caso anterior, para lo que se celebraron los convenios correspondientes en el comité de empresa y posterior comunicación a la Delegación de Trabajo, lo que supuso el mantenimiento de todos los beneficios para todos ellos. Su desenvolvimiento fue exactamente igual que en el caso de «Tempay, S. A.», con idénticas retenciones que respecto de las cuotas obreras de la Seguridad Social, desde julio de 1981 a julio de 1983 alcanzaron la suma de 17.303.879 ptas. que se quedó el Sr. Jose Enrique en su beneficio. Por idénticos motivos, se crearon sucesivas sociedades, siempre por el mismo procedimiento y condicionamientos concertados por los interesados referidos, apareciendo primero «Superstar, S. A.», que se constituyó el 25 de octubre de 1982 con un capital social de 2.000.000 de ptas. con los mismos socios y directivos que la anterior y siempre con el control y real titularidad desde la sombra, del Sr. Jose Enrique , y reteniéndose por aquel concepto referido la cuota obrera de la Seguridad Social, que no se hizo efectiva al organismo correspondiente, desde 1982 a 1984 la suma de 8.394.840 ptas. y después «Glamour, S. A.», que se constituyó el 7 de diciembre de 1983, reteniéndose a sus trabajadores por igual concepto y con la misma finalidad, durante idéntico período de tiempo, 1.174.940 ptas. en beneficio del mismo procesado. Hay que hacer notar que Romeo cesó a voluntad propia del Consejo de Administración de estas últimas sociedades, cediendo sus acciones sin percibir nada por ello, al también procesado, incorporado por el Sr. Jose Enrique a las operaciones con idénticos condicionamientos y beneficios, libremente aceptados, el antiguo trabajador de las primitivas empresas, Alexander , nacido el 10 de octubre de 1933, de ignorada conducta y sin antecedentes penales, el cual aceptó de buen grado entrar en los planes y actividades de los otros, con idéntico sueldo que aquéllos, y no desembolsando dinero alguno por las acciones que se le adjudicaron. Consecuencia de todo lo expuesto y en definitiva, por los hechos del apartado A), la suma retenida y no satisfecha a la Seguridad Social por cuotas obreras, durante aquellos períodos asciende a 20.700.030 ptas. y la suma retenida y no satisfecha por razón del impuesto por rendimiento de trabajo personal, durante aquellos períodos asciende a 41.182.044 ptas. y por los hechos del apartado B) la suma retenida y no satisfecha a la Seguridad Social, por cuotas obreras, único concepto acreditado, durante los períodos que se indican, asciende a 35.484.258 ptas.

Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos al procesado Enrique , de los delitos de apropiación indebida y contra la libertad y seguridad en el trabajo de que es acusado por el Ministerio Fiscal en la presente causa, y asimismo, debemos absolver y absolvemos a Jose Enrique del único delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, de que es acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, así como del delito de alzamiento de bienes, de que el acusado por la acusación particular, e igualmente debemos absolver y absolvemos a los procesados, Romeo ; Ismael , Diego y Alexander , del delito contra la libertad y seguridad de que son acusados por el Ministerio Fiscal y los dos primeros también por la acusación particular; y debemos condenar y condenamos al procesado Jose Enrique , como autor responsable de un delito de apropiación indebida, ya definido, y referido a los apartados A) y B) de los «hechos probados», con la circunstancia 7.a del art. 529 como muy cualificada, y a los procesados Romeo , Ismael , Diego y Alexander , como autores responsables de un delito, cada uno de apropiación indebida, referido al hecho B) con idéntica circunstancia muy cualificada, sin concurrencia en ninguno de los procesados de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para Jose Enrique , la pena, por el delito de apropiación indebida, de un año de prisión menor, a los procesados; Romeo y Ismael , a cada uno, por el delito de apropiación indebida, siete meses de prisión menor, y a Alexander y Diego , por el delito de apropiación indebida, de un año de prisión menor, a los procesados Romeo y Ismael , a cada



uno, por el delito de apropiación indebida, siete meses de prisión menor, y a Alexander y Diego por el delito de apropiación indebida a cada uno, seis meses y un día de prisión menor, y todos ellos, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de duración de dichas penas y derecho de sufragio durante el tiempo de duración de dichas penas; abono de las costas procesales, el Sr. Jose Enrique una sexta parte y cada uno de los otros condenados una sexta parte, declarando de oficio la sexta parte restante. Indemnizarán, dicho Jose Enrique por sí solo, a la Tesorería Territorial de la Seguridad Social 20.700.036 ptas. correspondiente a las cuotas obreras retenidas y no satisfechas, más 41.182.104 ptas. a la Delegación de Hacienda y correspondientes a los impuestos del rendimiento de trabajo personal de sus obreros, retenidos y no satisfechos y referidos al delito del apartado A) de los «hechos probados». Dicho Jose Enrique, solidariamente con los condenados Romeo, Ismael y Diego, a dicha Tesorería de la Seguridad Social referida, la suma de 8.610.639 ptas. correspondientes a las retenciones de la cuota obrera de la entidad «Tempay, S. A.», el mismo Jose Enrique, solidariamente con Ismael, Romeo y Diego, a dicha Tesorería de la Seguridad Social, la suma de 17.303.879 ptas. por retenciones de la cuota obrera de la entidad «Safide, S. A.», y por último, dicho Jose Enrique, solidariamente con Ismael, Diego y Alexander, por retenciones al mismo organismo por igual concepto respecto de las sociedades «SuperStar, S. A.», y «Glamour, S. A.», la suma de 9.569.780 ptas. todos éstos referidos al delito del apartado B) de los «hechos probados». Aprobamos, por sus mismos fundamentos, los Autos de solvencia e insolvencia, en su caso, de los procesados, que dictó el Juzgado Instructor.

Tercero: Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por el procesado Jose Enrique, 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: El recurso se basó en los siguientes motivos: 1.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del principio res judicata pro veniate habetur, y su inmediato de igual carácter non bis in idem. 2.º Por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por consignarse en la Sentencia como hechos probados conceptos que por su carácter implican la predeterminación del fallo. 3.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por manifiesta contradicción entre los hechos probados. 4.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en orden a lo dispuesto en el art. 142.2.a de la misma, y en el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 5.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los arts. 24.2 y 120.3 de la Constitución. 6.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos y cita. 7.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en Autos y cita. 8.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cita. 9.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por violación del art. 24.2 de la Constitución. 10.º Por infracción de ley, sin cita procesal, por infracción de los arts. 535 en relación con el 528 y 529.7.º del Código Penal. 11.º Por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 15 bis del Código Penal.

Quinto: Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos para el señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

Sexto: Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación el pasado día 26 de mayo último.

### Fundamentos de Derecho

Primero: Al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula el primer motivo de impugnación, en el que se alega violación del principio de derecho res iudicata pro veritate habetur y su inmediato de igual clase non bis in idem.

El fundamento de Derecho primero de la Sentencia impugnada razona la no admisión de la excepción de cosa juzgada ya propuesta en la instancia, porque aun siendo cierto que sobre los hechos objeto de este proceso se siguieron diversas diligencias penales en los Juzgados de Instrucción 2 y 1 de Elche, las mismas terminaron por Auto de sobreseimiento provisional, y ello, por tanto, no impide el ejercicio de la acción penal. En efecto, a los folios 327, 336, 396, 407 y 416 del sumario, aparecen Autos en los que, sin motivación alguna, pues el único considerando aparece impreso, efectivamente allí se expresa que «los hechos no son constitutivos de delito ni falta, por lo que procedía el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, conforme a la regla 1.º



del art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ». Sin embargo, en el último de los enumerados, folio 416, el impreso que se utiliza es distinto y en el considerando, se habla de autor no conocido y «conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º de la regla 1.º del art. 789 de la Ley Enjuiciamiento Criminal , en concordancia con los arts. 622 y 641.2.º del mismo cuerpo legal », con lo que, indudablemente, al menos en estas diligencias, no puede afirmarse que se decretó el sobreseimiento libre. El art. 789, conforme a la redacción entonces vigente, en su regla primera, distinguía entre archivo y sobreseimiento cuando no hubiere autor conocido, esto es, el supuesto previsto en el núm. 2.º del art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , para el procedimiento ordinario. Mas estimar que todos los casos en que se decretaba el archivo -que es la consecuencia- al que precedía la declaración de sobreseimiento, tenían la cualidad de libre, supone verificar una interpretación no acorde con el espíritu del legislador. El sobreseimiento es una resolución judicial que adopta la forma de Auto, y que produce la terminación del proceso penal o la suspensión del mismo por falta de los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral, denominándose respectivamente libre y provisional. Sólo el primero es equiparable a una Sentencia absolutoria anticipada, produciendo el efecto de cosa juzgada material, igual que aquélla, que impide un segundo proceso por el mismo hecho y respecto de la misma persona. No puede afirmarse con carácter absoluto que todas las resoluciones de archivo, decretadas por los Jueces de Instrucción en el trámite de diligencias previas, constituyen Autos de sobreseimiento libre, con la trascendencia que los mismos conllevan. De esta forma, en todos los supuestos, aun dudosos, por el mero archivo de las actuaciones, no podrían reabrirse las diligencias, y producirían el efecto de cosa juzgada, es decir, no se prevé en ningún caso un archivo provisional lo cual conduce al absurdo. Y no cabría aplicar el último inciso de la misma regla 1.a del art. 790 citado, porque ello entraña que no hubiese autor conocido. Tal conclusión no puede aceptarse. El sobreseimiento libre se pronuncia ante la falta absoluta de tipicidad del hecho, o de la responsabilidad penal de su presunto autor -cfr. Tribunal Supremo Sentencias 1655 y 20 diciembre 1991 -. El Auto de sobreseimiento exige a qué hechos se refiere el mismo y las razones jurídicas que ha tenido el juzgador para entender que los hechos no constituyen delito. En suma, exige la motivación anticipada. Los autos aludidos carecen de cualquier fundamentación, y por tanto, no pueden gozar del carácter y efectos del sobreseimiento libre, y por ello, el motivo debe ser rechazado.

Segundo: En el correlativo motivo, al amparo del núm. 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se formula el segundo motivo de impugnación, en cuanto la Sentencia recurrida consigna como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican predeterminación del fallo, citando como tales, las afirmaciones que allí se expresan de que ciertas cantidades eran retenidas y apropiadas por el procesado «se quedaba en su propio beneficio» «pasaban al patrimonio», «llegó a incorporar a su patrimonio». El motivo es totalmente improsperable. En cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues sí en los mismos se describe una conducta subsumible en un tipo penal, la consecuencia lógica de la estructura interna de la Sentencia se encuentra en su parte dispositiva al declarar la existencia del delito e imponer la correspondiente pena. Mas para ello se requiere: 1.º) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado, 2.º) que tales expresiones sean en general sólo asequibles a los juristas y no sean compartidas en el uso 1.899 del lenguaje común, 3.º) que tengan valor causal respecto al fallo, 4.º) que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna. -cfr. Tribunal Supremo Sentencias 18 septiembre y 23 diciembre 1991 -.

Es obvio, que nada de ello ocurre, en las frases cuestionadas, totalmente de uso coloquial y frecuente, y que aun suprimidas no afectan al relato fáctico.

Tercero: En el motivo tercero, igualmente por quebrantamiento de forma, y con el mismo apoyo procesal, se alega adolecer la Sentencia recurrida de manifiesta contradicción entre determinados hechos que dice probados, concretando tal contradicción al afirmarse en aquélla que el recurrente era titular del 50 por 100 de las acciones, y de otra que era el dueño real de las empresas. El motivo ha de seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior, ya que en el factum, lo que se expresa en varios pasajes del mismo, es que el Sr. Hernández poseía el 50 por 100 de las acciones, si bien por ser Presidente del Consejo de Administración, Consejero Delegado y Gerente con plenos poderes, tenía el control real de las diversas empresas. También se dice en el relato, que «asumía las funciones exclusivas de administrador con plenos poderes»... «bajo su control exclusivo y absoluta dirección», «crear una Sociedad nueva en la que no obstante seguía siendo dueño y gestor material y efectivo de toda actividad de explotación». Es decir, que aunque las empresas adoptaban la forma de sociedades anónimas, y su capital aparecía dividido en acciones, el dinero real era del procesado, y en tal sentido hay que entender la frase «socio mayoritario», al ser en definitiva, el único con poder absoluto en las mismas.

Cuarto: Asimismo, al amparo del núm. 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se formula el cuarto motivo de impugnación, en el que se alega falta de claridad en la declaración de hechos probados de la Sentencia impugnada, por no expresar de manera suficiente unos determinados hechos que fueron objeto de debate en el proceso, concretamente la omisión de lo relativo a los procesos que se siguieron



ante los Juzgados de Instrucción núm. 1 y 2 de Elche, la razón del porqué las diversas empresas sociedades anónimas no ingresaron en la Tesorería de la Seguridad Social y en la Hacienda Pública las cantidades que hubieran correspondido a las cuotas obreras e impuesto de rendimiento de trabajo personal, la configuración de la personalidad del recurrente, y la posibilidad de que ambas entidades mencionadas pudieron ejercitar las correspondientes acciones de carácter civil o administrativo para procurarse el ingreso de las cantidades cuyo pago las sociedades tenían en descubierto.

Es obvio, que ninguna de las cuatro razones alegadas en el motivo pueden incardinarse en el vicio procesal invocado. La desestimación del motivo procede porque contrariamente a lo que se exige en el precepto en que se funda el mismo, en el desarrollo del motivo no se hace referencia a ningún párrafo del relato fáctico, que por su redacción gramatical resulte oscuro o ininteligible, que es la esencia del defecto que se sanciona con la nulidad en el precepto procesal en que se apoya, sino que lo que se denuncia es la supuesta omisión de datos, que según el recurrente, debieron ser incluidos en la narración histórica, lo que no constituye el vicio que se denuncia, sino que a lo que puede dar lugar es a que se proceda a completar la Sentencia mediante el procedimiento **legalmente** establecido para ello, ya que es perfectamente posible que las Sentencias sean absolutamente claras, aunque incompletas, en cuyo caso para su integración ha de procederse haciendo uso de la vía adecuada, que no es, desde luego, la empleada -cfr. Tribunal Supremo Sentencia 6 abril 1992 -. Por otra parte, el Tribunal a quo, sólo declara probados los que así lo estime a tenor de la prueba practicada, y sean necesarios para el fallo que se dicte, lo que no debió ocurrir en alguno de los esgrimidos por el recurrente y otros son totalmente intrascendentes para formar la convicción del juzgador.

Quinto: Al amparo de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución Española , «y en lo menester el núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal », se aduce falta de motivación de la Sentencia de instancia, en relación con las cuatro cuestiones aludidas en el motivo anterior.

La motivación de las Sentencias constituye una exigencia constitucional, directamente relacionada con los principios inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho -art. de la Constitución Española- con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos - art. 9.3 de la Constitución Española - y particularmente con el derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales - art. 24.1 de la Constitución Española -.

Ahora bien, tal exigencia no puede exasperarse obligando a constantes e innecesarias repeticiones de todos cuantos pronunciamientos definitivos se reflejen en las Sentencias. Estas constituyen un todo orgánico, no sólo en su estructuración, sino en la subsunción fáctica. Si en los hechos probados, como en este caso, se describe de manera inequívoca la participación del procesado en los hechos y su actuación voluntaria y causal del resultado lesivo que luego se declara, supone una motivación más que suficiente -cfr. Tribunal Supremo Sentencias 15 mayo y 17 diciembre 1992 -. El Tribunal a quo estima probado la retención de las cantidades que el recurrente debía ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social y Hacienda, lo que no efectuó, quedándose con dichas sumas en su beneficio. Si afirma tal extremo, por estimarlo acreditado está razonando debidamente el porqué de la subsunción efectuada en la norma penal sancionadora. Pretender, además, que se motive sobre la personalidad del recurrente o sobre la posibilidad del ejercicio de acciones de otra índole, siendo preferente la penal, excede en demasía del deber de motivación que a los Tribunales impone el art. 120.3 de la Constitución Española al tratarse de cuestiones intrascendentes. El motivo, pues, debe rechazarse.

Sexto: En los motivos, sexto, séptimo y octavo de impugnación, con sede procesal en el núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se alega error de hecho en la apreciación de la prueba.

En el primero de ellos se invoca un informe pericial, el cual no tiene carácter documental a efectos casacionales, salvo cuando concurren determinadas circunstancias, que no es preciso aquí examinar, ya que lo argumentado según el informe pericial, es que el recurrente puso a disposición de las empresas fuertes cantidades de dinero en efectivo, lo cual no se cuestiona, pero ello no demuestra el error del juzgador al subsumir los hechos declarados probados en el tipo penal por el que se le condena.

En los motivos séptimo y octavo se pretende con base en el mismo informe pericial acreditar que el recurrente no se apropió de cantidades que fueran existentes y estuvieran destinadas a ser ingresadas en la Tesorería de la Seguridad Social y en la Hacienda Pública. Sin embargo del informe de los peritos en el acto del juicio oral se manifiesta «que en realidad efectivo había pero lo utilizó para pago de otras partidas», con lo cual, cae por su base las afirmaciones que se realizan en el motivo, y por tanto, no demuestran la equivocación del juzgador. Los motivos, pues, deben rechazarse.

Séptimo: Amparado en el núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se formula el noveno motivo de impugnación, se alega violación del principio constitucional de presunción de inocencia.



En el contenido del motivo se limita a aducir inexistencia de actividad probatoria, haciendo omisión de la abundante prueba existente en la causa, no sólo la documental consistente en los certificados de descubierto en el pago de la cuota obrera y los recibos de los salarios de los trabajadores, en los que aparecían retenidos el importe del impuesto de rendimiento de trabajo personal, sino también por la prueba testifical practicada en el acto del juicio oral en la que se corrobora aquellas retenciones y su no ingreso en la Tesorería de la Seguridad Social y Hacienda Pública. Debe, pues, desestimarse el motivo.

Octavo: En el motivo décimo, sin cita procesal, se denuncia aplicación indebida del art. 535 en relación con el 528 y 529.7.º del Código Penal, y así mismo, infracción del art. 1.º del propio cuerpo legal, en cuanto considera el recurrente que se sanciona como apropiación indebida hechos que no tienen tal carácter delictivo, y en todo caso, no podría atribuirse al mismo intención dolosa de las inexistentes apropiaciones.

La jurisprudencia de esta Sala viene estimando -cfr. Sentencias 15 enero, 25 abril y 3 diciembre 1991, y 20 febrero y 30 diciembre 1992-, que en los supuestos como el aquí enjuiciado, concurren todos los requisitos exigidos para el delito de apropiación indebida, pues al descontarse de la nómina de los trabajadores, la parte que ha de retenerse para el pago del Impuesto del Rendimiento de Trabajo Personal y la cuota de la Seguridad Social, se adquiere la cantidad correspondiente en concepto de depósito, con la obligación de darle el destino para el que se retuvo, y sino se obra así y el empresario se queda para sí o para su empresa con el dinero recibido, se realiza el acto de apropiación o distracción que constituye el núcleo del delito ahora analizado. Es evidente, pues, conforme a los hechos declarados probados, que el procesado recibió dinero en depósito y se lo apropió para sí y ello constituye la conducta típica del art. 535 del Código Penal.

Hay supuestos, cuando la causa del impago a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social se encuentra en la imposibilidad de la empresa por carecer de bienes para ello, entonces el delito no existe, pues al no haber dinero, obviamente éste no puede distraerse o apropiarse indebidamente - cfr. Tribunal Supremo 7 octubre 1987, 1 febrero 1989 y 15 enero 1991 -.

A veces, ciertamente, es difícil precisar si la causa del impago se encuentra o no en la carencia de bienes, pero éste no es el supuesto de Autos, pues la Sentencia de instancia expresa como tales retenciones a los trabajadores y las sucesivas faltas de pago a la Hacienda y Seguridad Social ocurrieron en un dilatado período de tiempo lo que excluye la posibilidad de que las empresas careciesen de recursos, pues si continuaron funcionando durante dicho lapso de tiempo es porque existía metálico para abonar a los trabajadores y demás gastos, salvo a las dos entidades públicas perjudicadas por los hechos ahora perseguidos. -cfr. Tribunal Supremo Sentencia 7 octubre 1987 y 1 enero 1991 -.

Respecto a la falta de intencionalidad, es evidente que el acusado actuó por impulso voluntario y libre, y en ningún momento se excluye en el relato fáctico el conocimiento de la antijuricidad de la acción. No se descarta la concurrencia del conocimiento y voluntad necesaria para integrar el dolo exigido por el tipo penal aplicado, lo que impide que prospere este aspecto del motivo, ya que para su viabilidad, se debió atacar el factum, propiciando la integración de datos o elementos que excluyesen la voluntad o el conocimiento de la antijuricidad del hecho. El motivo, pues, en su integridad debe rechazarse.

Noveno: Al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula el undécimo motivo de impugnación, en el que se denuncia aplicación indebida del art. 15 bis del Código Penal.

La Sentencia de instancia en el fundamento de Derecho segundo da respuesta a tal cuestión que, en esencia, y no literalmente, puede aceptarse.

La doctrina dominante en España se manifiesta contraria a la responsabilidad de las personas jurídicas, en virtud de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas e incluso en su incapacidad de acción, que impiden que la sanción recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica, y obliga a que únicamente respondan de los hechos, a las personas físicas que efectivamente los hubieron realizado. En el derecho positivo español faltaba, hasta la reforma de 1983, un precepto que se refiriera de forma general a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se elimina a partir de dicha fecha, con la introducción del nuevo art. 15 bis.

Ahora bien, con anterioridad, la jurisprudencia de esta Sala reiteradamente había mantenido que en nuestro derecho la responsabilidad es sólo individual. Las personas jurídicas, no son responsables ante el Derecho Penal común porque no poseen capacidad de culpabilidad, ni capacidad para la punición, por el principio de personalidad de las penas, pero la responsabilidad afecta a los miembros de sus órganos que tengan facultades de dirección, gestión, representación o administración, esto es, los individuos responsables de la dirección de las mismas -cfr. Sentencias 18 octubre y 1 diciembre 1969, 12 febrero 1970, 22 febrero y 24 octubre 1972, 2 junio 1973 y 19 enero 1974-, pues en otro caso, ello llevaría a la impunidad de los auténticos responsables de la actuación de las personas jurídicas, dada la irresponsabilidad penal de las mismas. El





que actúa por otro, es decir, en representación de una persona jurídica, será responsable en lugar de ésta, por los delitos que le haga cometer. Desde esta perspectiva, es evidente que el motivo es improsperable, aun sin la retroactividad del precepto cuestionado, art. 15 bis del Código Penal, ya que, como se ha expuesto, una doctrina jurisprudencial consolidada mantenía criterio análogo, perfectamente aplicable al supuesto de Autos, por ser el procesado, conforme al relato fáctico, el único director y gestor de todas las empresas que no efectuaron el pago a las entidades públicas.

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, en ninguno de sus motivos interpuesto por la representación del procesado, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 14 de diciembre de 1990, en causa seguida a Jose Enrique, por delito de apropiación indebida. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso y a la pérdida del depósito constituidos al que se dará el destino legal. Comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa, que en su día se remitió.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Ramón Montero Fernández Cid.-**Eduardo Moner Muñoz**.- Cándido Conde Pumpido Ferreiro.- Rubricados.

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