

# La doctrina del Tribunal Supremo sobre la falta de ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario, ¿es apropiación indebida? \*

Por LUIS MARIA DELGADO LOPEZ

Fiscal

## I

Las primeras normas reguladoras de la Seguridad Social en España (Decreto de 16 de junio de 1950, y Reglamento General del Mutualismo de 10 de septiembre de 1954) impusieron ya al empresario la doble obligación de descontar de los salarios pagados a los trabajadores la cuota correspondiente a ellos e ingresarla en el I.N.P. (1).

Y también desde los primeros momentos comenzó a ocurrir que el empresario con dificultades de tesorería prefería pagar los salarios y las deudas con sus proveedores dejando de ingresar aquellas cantidades retenidas por cuotas obreras (2).

Se planteó en seguida la pregunta de si tal conducta estaba incluida en algún tipo penal, concretamente en el de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal, negándolo el Tribunal Supremo la primera vez que se enfrentó con el problema, en sentencia de 26 de marzo de 1955. Razona que las cantidades descontadas «no formaron en ningún momento parte de otro patrimonio de donde salieron para serle entregadas a él —empresario— por título alguno que determinase *ab initio* su obligación de devolverlas a aquellos a quienes se refería la retención, sino que constituían la porción correspondiente a sus obreros de los salarios de éstos... (de modo que) su falta de in-

---

(\*) Es parte de la conferencia dada el 12 de marzo de 1984 con el título de «Relevancia penal de las retenciones de impuestos y cuotas de la Seguridad Social», en el ciclo sobre «Delitos económicos», organizado en Valladolid por la Cámara Oficial de Comercio e Industria y el Banco de Bilbao, Dirección General de Castilla.

(1) Para las cuestiones de Seguridad Social, ALONSO OLEA, 295 a 304.

(2) Un planteamiento general del problema está hecho en «Las retenciones por el empresario de cuota de Seguridad Social e Impuesto de Rendimiento de Trabajo Personal de sus trabajadores y el delito de apropiación indebida», NAVARRO VILARROCHA, Pedro, Abogado, «Revista General de Derecho», número 414, marzo 1979, págs. 203 ss.

greso no supone un incremento patrimonial de su haber de patrono, sino una infracción de sus deberes de contribuyente».

Esto es, conforme a esta sentencia, ni se da el presupuesto del tipo porque cumplir la obligación de «descontar» no es conducta de «recibir», ni, por consiguiente, el tipo mismo porque incumplir la de «ingresar» no es «apropiarse o distraer». La cantidad retenida nunca ha dejado de estar en el patrimonio del empresario por lo que en forma alguna ha podido lucrarse con ella.

## II

Aquellas primeras normas fueron sustituidas por la L.S.S. de 21 de abril de 1966, desarrollada por la Orden de 28 de diciembre de 1966, y refundida más tarde por D. de 30 de mayo de 1974.

Su artículo 68 regula la cotización, estableciendo que «el empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad» (pár. 1), para lo cual «descontará de sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que les corresponda a cada uno de ellos...» (pár. 2), y el que «habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro del plazo la parte de la cuota correspondiente a sus trabajadores, incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las entidades gestoras afectadas, sin perjuicio de la responsabilidad penal y administrativa que procedan». (pár. 3).

Esta normativa nueva —mantenida en la actual L.S.S. no sirvió, a pesar de su precisión, para cortar el hábito de los empresarios con problemas de dinero de preferir no pagar las cuotas de la Seguridad Social, pues la situación económica española iba siendo cada vez más dura y mayores, en consecuencia, las dificultades de tesorería de las empresas.

Surgió de nuevo y con más fuerza, idéntica pregunta sobre si esa conducta era delito. Condenó la Audiencia por estafa a un empresario que no había ingresado las cuotas obreras retenidas, y recurrió éste en casación manejando los mismos argumentos empleados por la sentencia mencionada de 26 de marzo de 1955 para no estimar que tal conducta fuera apropiación indebida, en tanto que el Fiscal y la acusación particular sostenían que sí lo era, utilizando otra vez los argumentos rechazados por aquella sentencia de 1955. Los términos dialécticos eran, pues, los mismos enfrentados unos años atrás, y los mismos que hasta hoy se han seguido discutiendo.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de junio de 1971, dio un giro de ciento ochenta grados con relación a su postura anterior, viéndose en el trance de explicar que no podía seguir la pauta de aquella resolución antigua porque estaba construida «sobre una específica normativa, a la sazón menos categórica que la actual».

Realmente las normas anteriores a 1966 contenían ya los elementos utilizados en esta sentencia para construir la apropiación indebida,

y que se mantienen en la L.S.S. de 1966, por lo que el fin de esta reflexión parece una excusa de la postura de 1955 más bien que una explicación de la nueva.

«Desde el momento —dice la sentencia de 1971— en que el encartado *pagaba* los salarios de sus productores, se producía un desplazamiento patrimonial de su importe que se desintegraba del empresarial para insertarse en el de los respectivos obreros, de tal forma que la *retención* que realizaba de parte de tal salario por mandato legal, para abono de la participación obrera en las cuotas de la Seguridad Social, quedaba ya en su poder no como propietario, sino en calidad de mero depositario que venía, también por ministerio de ley, obligado a *entregar* lo retenido y depositado en el Instituto Nacional de Previsión.

Esta resolución —y todas las posteriores— entienden, pues, que el empresario «recibe» cantidades de las que se «apropia» (3).

a) Las recibe porque antes las ha entregado.—En el momento en que hace efectivas a sus trabajadores sus retribuciones, cuando les paga sus salarios, el importe sale de su patrimonio y entra en el de los respectivos obreros. En un momento lógico posterior, al retener o descontar a sus trabajadores —por mandato legal— la aportación que les corresponde a cada uno de ellos, aquellas cantidades vuelven al empresario —éste las recibe— pero no entran en su patrimonio, no las recibe como dueño, sino que —también por mandato legal— forman un «patrimonio afecto a una finalidad» (a un destino, dice la sentencia de 7 de mayo de 1977) del que el empresario es depositario con la comisión de pago a la entidad gestora.

b) Se apropia o distrae dinero ajeno (retenido o descontado, según L.S.S.; recibido, conforme al 535 del Código penal) al incumplir la obligación que como depositario y comisionista tiene, de ingresarlo en plazo, lo que significa que «se aprovechó en su propio beneficio aplicando ese dinero a otros menesteres y finalidades particulares» (17 de febrero y 7 de mayo de 1977), «en perjuicio del Instituto Nacional de Previsión e indirecto de sus productores» (30 de octubre de 1971) (4).

### III

La argumentación defensiva de que el empresario que descuenta de los salarios las cuotas de los trabajadores no «recibe» nada de nadie se repite en ulteriores recursos de casación contra sentencias condenatorias, y es rechazado por el Tribunal Supremo reiterando las reflexiones indicadas ya.

(3) Las sentencias del Tribunal Supremo que estiman apropiación indebida el no ingreso de las cuotas obreras retenidas son las siguientes: 26 marzo 1955, 30 octubre 1971, 20 abril y 9 diciembre 1976, 17 febrero y 7 mayo 1977, 21 diciembre 1978, 22 enero 1979, 1 marzo y 17 abril 1980, 25 febrero 1981, 22 septiembre 1982, 21 octubre y 15 diciembre 1983.

(4) Obviamente no es apropiación indebida no ingresar cuotas no descontadas (sentencia 20 mayo 1977).

La sentencia de 25 de marzo de 1981, sin embargo, trata de hacer una construcción jurídicamente más sólida y razona diciendo que cuando el empresario retiene las cuotas obreras se opera un fenómeno de inversión del título de poseer, en cuya virtud la posesión de las sumas retenidas ya no es la emanada del dominio sino la generada por un *constitutum posesorium* en la que el dinero ya no se posee a título de dueño sino en otro distinto, oscilante entre el mandato (o comisión) y el depósito, que obliga a ingresarlo en el I.N.P.

Es conocido que el *constitutum possessionis* es una figura de entrega espiritualizada de la cosa cuyo dominio se transmite por tradición y consiste en que el transmitente del dominio retiene la posesión por título distinto, como arrendamiento, usufructo, etc.

Parece, pues, claro que esta figura no sirve para explicar «la inversión del título de poseer» que se opera en el empresario respecto a las cantidades retenidas, porque el pago de salario no es enajenación de las mismas y porque se trata de dinero en tanto que el *constitutum possessionis* versa sobre inmuebles. Y con estas razones se construyó el recurso de casación siguiente al de aquella sentencia de 25 de marzo de 1981 (5).

El T. S. —28 de septiembre de 1982— las acepta pero no las considera bastantes para destruir el tipo de apropiación indebida, pues puede sostenerse sin tener que utilizar aquella figura de *traditio ficta*.

#### IV

La postura jurisprudencial de entender que la conducta examinada es delictiva y los repetidos esfuerzos de los empresarios en luchar contra ella son polos dialécticos que defienden realidades distintas, para cada una de las cuales la otra es una ficción.

El empresario arranca del dato de que en la empresa no hay más dinero que el suyo y sólo con él puede contar para hacer frente a todos los pagos; está fuera de la realidad, es ficticio, entender que la suma retenida como cuota obrera es un dinero distinto al suyo, que le es dado porque ha vuelto a él después de haber salido de él mismo. No explica, sin embargo, cuál sería su situación si tuviera efectivamente que pagar esa parte del salario retenida porque fuera el trabajador el obligado al pago directo de la cuota. No explica tampoco cómo podría sostenerse la Seguridad Social sin el ingreso de las cuotas.

El Tribunal Supremo parte de que ese dinero descontado ha de tenerlo el empresario necesariamente porque si no lo tuviera la empresa no podría actuar ya que se trata de parte del salario que tendría que ser entregado a los trabajadores y que sólo para facilitar la recaudación el empresario por mandato de la ley retiene e ingresa en la Seguridad Social, la cual sólo así puede sostenerse económicamente.

---

(5) La sentencia de 15 diciembre 1983 vuelve a utilizar el argumento del *constitutum posesorio*.

No explica, sin embargo, situaciones —transitorias sobre todo— de carencia real de tesorería en la empresa.

Ambas posiciones, irreductibles en apariencia, son relativas.

El punto de mira de la jurisprudencia será correcto en tanto la empresa se mueva en un marco macroeconómico situado dentro de los límites de normalidad, pues entonces el empresario que no sepa actuar y no llegue a tener tesorería bastante, propia o financiada, deberá desaparecer, y el que pudiendo pagar las cuotas retenidas no lo haga, merecerá una sanción penal.

Pero la solidez de este razonamiento se diluye cuando la empresa actúa dentro de una crisis económica generalizada, como la existente desde hace unos años, en la que sea frecuente la falta de tesorería bastante para atender todos los pagos. Habrá entonces dos soluciones, o que la empresa desaparezca, con la secuela del incremento del paro, o que continúe a base de no pagar las cuotas de la Seguridad Social con el consiguiente déficit de ésta. Los poderes públicos y la sociedad misma tendrá que elegir entre una u otra solución ponderando cuál de las consecuencias de una y otra es menos pesada, el aumento del paro —carga económica y social— o el empleo de dinero público para enjugar el déficit de la Seguridad Social creado por descubiertos de las empresas, lo cual viene a ser una financiación pública de las mismas. No ha despreciado el legislador español esta alternativa última al facilitar el pago fraccionado y los aplazamientos en varias disposiciones, de entre las que conviene ahora destacar el Decreto 2.299/1979, de 5 de octubre, por cuanto más abajo se dirá.

Tal problemática se ha llevado por los empresarios al Tribunal Supremo tratando de hacer mella en su postura monolítica de entender delictivo el impago de las cuotas descontadas. Y, recientemente, se ha planteado también ante el Tribunal Constitucional.

1. El argumento, en casación, de carencia real de dinero para hacer los ingresos fue rechazado por el Supremo en sentencias de 9 de diciembre de 1976 y 17 de febrero de 1977, «ya que lo que había de ingresar era cabalmente lo descontado en tal concepto» al pagar las nóminas. Sin embargo la situación de falta real de dinero puede darse en una empresa porque el único dinero que efectivamente hay es el que ella tiene, parte del cual es el retenido a los trabajadores. No hay otro, no se trata de que realmente el operario entregue a la empresa un dinero distinto al que desde el principio estaba en la empresa misma. Cuando esto ocurra, quizá se estaría ante una suspensión de pagos, o incluso podrían llegarse a situaciones dentro del ámbito penal como delito de quiebra o alzamiento, pero no de una apropiación indebida de algo que no existe (Bajo) (6). O quizá haya un auténtico estado de necesidad, pues por causa de la crisis extendida —y no por causa de mala gestión— falta tesorería al empresario, y éste, para evitar el mal del cierre y del paro de los trabajadores, pre-

---

(6) «Derecho Penal económico. Aplicado a la actividad empresarial», Civitas 1978, pág. 547.

fiere causar ese otro mal de no ingresar las cuotas retenidas; será la conciencia comunitaria la que debe decidir cuál de los dos males es mayor.

En la misma línea argumental se ha negado por un empresario, recurrente en casación, haber logrado un lucro e incluso haber tenido ánimo de conseguirlo en el caso de haber aplicado las sumas descontadas a subvenir «las atenciones de la empresa para continuar la explotación de la misma». La sentencia de 28 de septiembre de 1982 rechaza el argumento sosteniendo que hubo un lucro ilícito, aunque ajeno, esto es, no para él mismo, sino para la empresa (7).

2.—Con enorme habilidad se llevó al Tribunal Constitucional el problema, con apoyo en el Decreto 2.299/79, de 5 de octubre, que estableció un sistema excepcional de pago aplazado del descubierto de los empresarios al I.N.P.

Los enlaces sindicales de una empresa denunciaron que la misma no ingresaba las cuotas obreras retenidas, llegando a ser condenado el Consejero Delegado por delito de apropiación indebida en sentencia de la Audiencia de 18 de marzo de 1977, confirmada por la del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1979. El 5 de octubre se publicó el Decreto mencionado, y un mes después el condenado consignó en la Audiencia la cantidad retenida. Dos días más tarde instó del Ministerio de Justicia que ordenase interponer recurso de revisión según el artículo 954, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que aquel Decreto «alteraba en su favor la legalidad penal y debía aplicársele con efecto retroactivo», pero su petición fue rechazada.

Pidió entonces a la Audiencia que en base al Decreto le exonerase de la pena impuesta, lo que le fue denegado, y desestimado el recurso de súplica subsiguiente. Solicitó la preparación del recurso de casación, y la Audiencia resolvió no haber lugar a ello, e igual pronunciamiento hizo el Tribunal Supremo resolviendo la queja ulterior.

Interpuso entonces recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando violación de los artículos 25.1 y 14 de la Constitución (8).

a) Argumentó que el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1. «se proyecta hacia el pasado en cuanto beneficia al reo, sin que obste a ello el hecho de que, como en el caso de autos, sea una norma administrativa, pero con evidente trascendencia penal, la que configure ese beneficio».

Responde el Tribunal Constitucional que la retroacción de la ley penal más benigna está regulada en el artículo 9.3 de la Constitución interpretando a *contrario sensu* la garantía de la irretroactividad de

---

(7) Los esfuerzos de los empresarios encaminados a lograr absoluciones por estas conductas llevaron a un director gerente de nacionalidad extranjera que durante cuatro años dejó de ingresar cuotas descontadas a alegar error de prohibición por el hecho de no ser español. La Audiencia no lo estimó probado, y el Tribunal Supremo no consideró tampoco que se dedujera del relato de hechos (24 octubre 1981).

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 marzo 1981 (RA. 6).

las «disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales», sin que pueda inferirse del principio de legalidad que el artículo 25.1, alegado, reconoce.

Entra, no obstante, la sentencia a reflexionar si este principio ha sido quebrado en el caso planteado, y lo hace con dos bloques de argumentos.

En el primero razona que la ley que tipifica y pena la apropiación indebida (Código penal en sus artículos 535 y 528) «sólo por otra norma del mismo rango puede ser modificada, pero no por un Decreto». El cual «a mayor abundamiento... no tiene contenido penal»; no ocurriendo que «el artículo del Código penal aplicable sea de aquéllos que completan su tipo con remisión a disposiciones reglamentarias».

El centro de la cuestión no está, sin embargo, en que un Decreto no pueda modificar una Ley —lo cual es indudable—, sino en que esa Ley, el artículo 535 Código penal, construye el tipo de apropiación indebida sobre la base de la existencia de una relación entre dos personas, la cual generalmente está regulada, más y antes que por la ley penal, por normas de otro campo jurídico, que obviamente han de ser tenidas en cuenta para decidir si uno de los sujetos de aquella relación básica ha traicionado la confianza que el otro puso en él, lo que es esencia de la apropiación indebida, y su conducta es por eso típica. Nunca podrá estimarse, por ejemplo, que un mandatario quebrantara la confianza de su mandante si se ajustó a lo pactado y a la regulación del Código civil. De igual modo no podrá decirse que un empresario se ha apropiado de cuotas obreras si ha cumplido la normativa de la Seguridad Social. Y en el caso discutido en esta sentencia no podría, hipotéticamente, admitirse que el empresario recurrente cometiera apropiación indebida si su conducta se hubiere ajustado a las normas contenidas en ese Decreto, a pesar de no ser penales. Era esto lo que había que examinar.

Y lo hace la sentencia inmediatamente después cuando indica que «para que un empresario pueda acogerse al sistema de pago establecido en este Decreto, su artículo 1.º.3 impone que es necesario haber ingresado previamente la aportación de los trabajadores correspondiente a las cuotas en descubierto», o sea, que el aplazamiento afecta sólo a las cuotas patronales. Este argumento es válido. No los anteriores, pues ¿cuál habría sido la decisión si el Decreto hubiera permitido el aplazamiento del descubierto por cuotas obreras retenidas?

b) El otro razonamiento del recurso sostenía que, de mantenerse las resoluciones recurridas, este empresario sería el único condenado por hechos que han realizado noventa y dos mil más, no perseguidos ni condenados, lo cual supondría «una discriminación legal definitiva de la violación» del artículo 14 de la Constitución.

La sentencia considera tal afirmación «gratuita en su primera parte e infundada en la segunda». Gratuita por no probada, además, porque hay prueba de que otros empresarios también han sido condenados (se citan gran parte de las sentencias del Tribunal Supremo), y, por fin, de que lo han sido incluso después de la publicación del Decreto citado,

lo que significa que el Tribunal Supremo no consideró que éste alterase la calificación de conductas iguales a la examinada. Es infundada la afirmación porque la desigualdad de hecho de los condenados con respecto a quienes no lo han sido se debe a «la siempre problemática efectividad social de la ley penal», pero no viola el principio de igualdad que reconoce el artículo 14 de la Constitución pues de interpretarse así «sólo sería respetado cuando todos aquellos delincuentes fuesen condenados o todos ellos gozasen de impunidad». Y sin que pueda olvidarse que la persecución de un delito «puede tener su explicación en hechos tan incontrolados por los poderes públicos como la conducta de los perjudicados», recordando que fueron enlaces sindicales y no el Instituto Nacional de Previsión ni algún poder público quien denunció

Concluye su razonamiento el Tribunal Constitucional precisando que en todo caso se violaría el artículo 14 de la Constitución no por la desigualdad simple de los fallos («que puede tener su justa razón de ser o bien en la no identidad de los hechos probados, o bien en un margen de apreciación por el juzgador»), sino por la notoria («por motivaciones arbitrarias ... o con apoyo en alguna de las causas de discriminación» explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución»).

## V

Resta una referencia a sentencias del Tribunal Supremo que enjuiciaron comportamientos relacionados con cuotas y prestaciones de la Seguridad Social, distintos al de retención y no ingreso de las cuotas obreras. La breve mención de estas resoluciones servirá de diagnóstico diferencial para esta última conducta —que ha venido siendo examinada aquí.

a) La idea esencial de la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionada de que la retención de cantidades para un fin determinado equivale a recibirlas (presupuesto de la apropiación indebida) y de que no destinarlas a tal fin es apropiarse de ellas o distraerlas (con lo que se completa la conducta típica del artículo 535 Código penal) es llevada a otras retenciones para fines incumplidos.

El artículo 208, 1.º de la Ley de Seguridad Social de 1966 estableció una colaboración obligatoria de la empresa con las entidades gestoras en virtud de la cual aquélla había de pagar a sus trabajadores, por delegación de la entidad, ciertas prestaciones económicas, de las que, según la Orden de 25 de noviembre de 1966, se reintegraba descontando su importe de la liquidación para el ingreso de las cuotas correspondientes al mismo período. Hecho este descuento, la cantidad retenida ya es ajena, razona la sentencia, «con un destino concreto y determinado que ha de darse por delegación, representación o mandato de la entidad» y el no cumplir tal fin, es apropiación de la cantidad con «lucro del autor» y «perjuicio del beneficiario» (25 de febrero de 1975).

b) Es insoslayable la referencia a la sentencia de 1.º de junio de



1977 que no considera delictiva la falta de ingreso de las cuotas patronales.

c) Por fin, otras dos resoluciones, al menos, contemplan conductas de quienes se apropian de cantidades que les han sido materialmente entregadas por otros —deudores de la Seguridad Social— con el encargo de saldar esas deudas mediante el ingreso de las cuotas.

Son conductas que están fuera de la legislación de la Seguridad Social, que no establece la mediación obligatoria de las personas a quienes se confió el dinero para el pago, en forma tal que la falta de cumplimiento por las mismas del encargo que les fue dado por quienes las entregaron el dinero no libera a éstos de su obligación con las entidades gestoras.

Ve la sentencia de 28 de mayo de 1974 el supuesto de una agrupación profesional sindical, creada con el fin de facilitar el acceso a los puestos de trabajo a los profesionales panaderos que trabajaban por cuenta ajena y con carácter eventual, que tenía la obligación de recaudar de las empresas y trabajadores las cuotas de los seguros sociales, y cuyos gestores utilizaron parte de lo recaudado para otras atenciones sociales, lo cual es estimado apropiación indebida.

Y la de 28 de abril de 1983 considera constitutiva de tal delito la conducta de un socio que ordenó transferir a una cuenta suya, desde la que tenía abierta como indistinta con su consocio, el dinero que éste había ingresado en ella para el pago del descubierto por cuotas de la sociedad.

## VI

La problemática discutida en la jurisprudencia —tal como ha quedado expuesta— se ha centrado en decidir si el dinero de las cuotas retenidas y no ingresadas por el empresario nunca salió de su patrimonio y, por tanto, no llegó a engrosar el mismo —nunca hubo enriquecimiento—, o, por el contrario, salió de él al pagarse los salarios y volvió a entrar al efectuar la retención, con lo que la falta de ingreso le ha producido un incremento patrimonial. Al ser esta última la solución alcanzada, al admitir que se ha producido un lucro ilícito para el empresario, es claro que en contrapartida ha tenido que ocurrir un empobrecimiento —un perjuicio— para alguien *en lo mismo* en lo que el empresario se lucró.

Esta diléctica, desarrollada a lo largo de casi treinta años, que ha venido concluyendo la existencia de un lucro para el empresario, nada, salvo alusiones ligeras, ha reflexionado sobre el perjuicio, necesario reverso del lucro, como exige el tipo de apropiación indebida. Y es preciso pensar sobre él, siguiendo la única vía posible, la de examinar qué ocurre en la relación jurídica de la Seguridad Social cuando el empresario no ingresa las cuotas retenidas.

a) En tal relación jurídica el trabajador, asegurado, tiene obligación de pagar (parte de) la prima a quien cubre sus riesgos, el asegurador, la entidad gestora, la cual, en reciprocidad, tiene la obligación

de satisfacer las prestaciones correspondientes a los siniestros que se produzcan. La ley sitúa al empresario en esta relación haciéndole recaudador forzoso de las cuotas de los trabajadores, al obligarle a retenerlas e ingresarlas.

Cuando no cumple su deber de ingresar, acontece lo siguiente: 1) En cuanto a las cuotas obreras, los trabajadores quedan liberados de su deuda con la entidad gestora, convirtiéndose el empresario en deudor frente a ella, la cual puede crear un título ejecutivo —el certificado de descubierto— que abra el procedimiento de apremio contra aquél ante la Magistratura de Trabajo, para exigirle el principal no pagado y un recargo. 2) Con relación a las prestaciones en caso de siniestro de los trabajadores durante el descubierto, la entidad gestora sigue teniendo la obligación de cumplir las llamadas automáticas (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo y asistencia sanitaria), si bien puede repetir su importe al empresario, el cual queda directamente obligado frente a los trabajadores por las demás prestaciones, las no automáticas.

Es decir, la misma ley que introduce al empresario en la relación jurídica de la Seguridad Social como recaudador forzoso de las cuotas obreras, convierte al que no ingresa las retenidas, en deudor —único y forzoso— de todas las obligaciones y frente a todas las personas de aquella relación. Sin perjuicio, además, de una posible responsabilidad administrativa.

b) Ahora bien, esta alteración de la relación jurídica básica generada por la falta de ingreso de las cuotas de los trabajadores, ¿cómo constituye el perjuicio exigido por el tipo de la apropiación indebida?

Resalta en primer lugar el dato claro de que el perjuicio no recae en los trabajadores, pues ellos no se empobrecen en lo mismo en que el empresario se lucra —suma de las cuotas retenidas— porque no han de pagarlas de nuevo, ya que quedan liberados de su deuda frente a la entidad gestora. Es decir, no tiene lugar en este caso lo que es corriente en la apropiación indebida, que el perjuicio se produzca en la persona que confía la cosa a quien resultará sujeto activo del delito.

Sin embargo, la estructura del tipo permite que el perjuicio recaiga en un tercero, ya que describe la apropiación de cosa o efectos recibidos «por otro título que produzca obligación de entregarlos...», a persona diferente de aquella que se los confió. Entran, pues, en juego tres personas, la que transmite la cosa con el encargo de que se entregue a otra, la persona que la recibe aceptando tal encomienda, y aquella otra a quien ha de entregársela. Esta —tercero con relación a las dos primeras— puede, por tanto, sufrir el perjuicio si no le es entregada la cosa.

Para que esto sea posible es preciso siempre que la primera persona indicada, la que encomienda a la segunda entregar la cosa a la tercera, no tuviera obligación de dársela a ésta, porque, si la tiene, no se extingue por el hecho de que aquélla a quien le encomendara hacer el pago no lo efectuara, y será ella quien sufra el perjuicio que consistirá en pagar realmente dos veces. Si alguien confía a un amigo

dinero para que pague la prima anual de un seguro, y éste se apropia de tal dinero, es obvio que aquél no queda liberado frente al asegurador y que tendrá que abonarle la prima, habiendo, pues, salido de su patrimonio dos veces el importe de la misma. Esto es lo que ocurre en principio entre los trabajadores y la entidad gestora (asegurador de seguros sociales). Pero la situación queda sustancialmente modificada porque la ley hace al empresario recaudador forzoso de las cuotas y le obliga a ingresarlas. La retención obligatoria libera a los trabajadores y convierte al empresario en deudor de la obligación de ingresar frente a la entidad gestora, de forma que si no ingresa se produce perjuicio para ésta. Puede, por tanto, construirse la existencia de perjuicio para tal entidad, tercero respecto a los trabajadores que dan sus cuotas y al empresario que las recibe, *solamente* porque la ley impone a éste la doble obligación de retener e ingresar.

Pero esa misma ley que de este modo desvía hacia la entidad gestora el perjuicio producido por la falta de ingreso de las cuotas retenidas, al liberar a los trabajadores vincula a la falta de ingreso *misma*, y en el preciso momento de producirse, otro efecto jurídico que es liberar a la entidad gestora de las prestaciones que pudieran producirse durante el descubierto mediante el mecanismo de darla derecho a repetir del empresario las automáticas y extinguir la obligación de cumplir las demás. Al mismo hecho jurídico —falta de ingreso— vincula la ley dos efectos de signo contrario recayentes en la entidad gestora: el perjuicio que significa no recibir la prima del seguro, y el beneficio que supone quedar —al final— liberada de cubrir los riesgos. La conclusión puede formularse con esta pregunta: ¿Dónde está el perjuicio si queda compensado con un beneficio igual dentro de la aleatoriedad contemplada en cualquier seguro?

c) Todo ello funcionaría así en el caso de que el empresario tuviera dinero y quedaran satisfechas las acciones de reintegro del importe de las prestaciones automáticas por parte de la entidad gestora y la pretensión de las no automáticas por parte del trabajador.

De no ser así, ni la entidad gestora podría resarcirse del importe de las unas ni el trabajador conseguiría las otras, de forma que aquella y éstos sufrirían sendos perjuicios quizá muy graves. Pero si el empresario no tiene dinero y no lo tuvo —realmente careció de él— al no ingresar las cuotas (ficticiamente) retenidas, habrá que volver al argumento expuesto de que no puede haber apropiación indebida de nada, de lo que no existe.

d) Es insoportable la reflexión de que, aun siendo solvente el empresario, y atendiendo al fin al pago de las prestaciones —automáticas o no—, la falta de ingreso de las cuotas de los trabajadores causa a éstos y a la propia entidad gestora las molestias de reclamaciones que nunca se hubieran producido de haber efectuado el ingreso.

Pero admitiendo incluso que estas molestias sean perjuicios, nunca lo serán de aquello mismo en que el empresario se enriqueció; nunca se cumpliría el tipo de la apropiación indebida. Si se estima que la omisión del empresario de ingresar las cuotas retenidas merece una

sanción penal por la trascendencia que supone en el normal funcionamiento de la Seguridad Social, habría que tipificarla expresamente.

## VII

La argumentación anterior sobre el perjuicio está hecha al hilo de entender que en la relación jurídica de la Seguridad Social hay bilateralidad entre las cuotas obreras y las prestaciones que eventualmente la entidad gestora haya de cumplir.

Pero la reciprocidad fracasa casi del todo porque la Seguridad Social se nutre económicamente de otras dos fuentes: las cuotas patronales y fondos públicos. Las cuotas obreras son el menor de los recursos, y sólo en la porción en que lo son, podrá aceptarse una reciprocidad con las prestaciones que lleguen a devengarse.

Así, pues, no obstante no ingresar la empresa las cuotas obreras descontadas, llegan a la Seguridad Social los caudales públicos correspondientes e incluso —en hipótesis— las cuotas patronales, con lo que queda cubierta la mayor parte de su financiación. A pesar de ello, serán de cargo del empresario que no ingresó lo retenido todas las prestaciones devengadas (directamente las no automáticas e indirectamente las que lo son), con lo que no sólo no habrá perjuicio para la Seguridad Social, sino que se generará un lucro para ella, el cual sería precisamente a costa del empresario en el importe de las cuotas patronales que hubiera satisfecho (supuesto posible en hipótesis).

Desde luego, para que este (etéreo) lucro a la Seguridad Social se produjera, sería preciso que todos los resortes jurídicos funcionaran con éxito, lo cual —además de la solvencia de la empresa— exigiría tiempo y molestias que quizá no compensaría la cantidad lograda. Si aquí está el perjuicio, éste no consiste en lo mismo que el empresario descontó y no ingresó. Por tanto, también y sobre todo, vista la relación de la Seguridad Social en su perspectiva exacta, muy lejana a la reciprocidad, aquella conducta del empresario no encaja en el tipo de apropiación indebida y, si quisiera pensarse, habría de tipificarse de modo expreso.

## VIII

En torno al perjuicio, se ha razonado hasta aquí a base de las prestaciones satisfechas por la Seguridad Social. Queda por poner una pieza en su sitio, cual es —según se dijo— que la entidad gestora tiene acción ejecutiva para reclamar al empresario las cuotas obreras retenidas y no ingresadas.

Si se aceptara que la falta de ingreso fuera un tipo específico, el hecho de la reclamación ejecutiva concurriría a completarlo, porque supondría una alteración en el funcionamiento de la Seguridad Social, bien jurídico protegido por aquel tipo.

Pero en tanto se sostenga que la conducta de no ingresar las cuo-

tas descontadas es apropiación indebida, la vía ejecutiva mencionada tiene una incidencia trascendental.

a) En primer lugar, la certificación de descubierto funciona como la liquidación de cuentas entre partes que la jurisprudencia exige como previa a la consumación del tipo.

b) En el momento siguiente, la seguridad social habrá de decidir ejecutar la acción, o no hacerlo. a) Si se ejercita y llega a lograrse el cobro, no por eso —en términos estrictos— el delito ha dejado de cometerse sino que únicamente habrán quedado satisfechas las responsabilidades civiles, pero como esto ocurre antes de iniciarse el proceso penal, cuando comienza éste ya no habrá perjuicio para nadie y la condena será muy difícil, algo semejante a lo que está ocurriendo con el delito fiscal. En el caso de que no se consiga el cobro porque el empresario no es solvente —por ejemplo—, la Seguridad Social tiene escaso interés en abrir paso a un proceso penal que ningún beneficio económico puede reportarla. b) Pero es que con frecuencia se decide no ejercitar la acción ejecutoria por igual razón de conocerse ya el fracaso del cobro, o por otras causas, y mucho menos entonces se denuncia la conducta. Las decisiones entran ya en un ámbito social y político, en el que cabe una situación como la actual de ingente deuda de las empresas (también por cuotas patronales), en contornos que superan los del Derecho penal.

