



Roj: **STS 737/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:737**

Id Cendoj: **28079120012017100156**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2017**

Nº de Recurso: **1916/2016**

Nº de Resolución: **121/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1916/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 121/2017**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En Madrid, a 23 de febrero de 2017.

Esta sala ha visto con el nº 1916/2016, interpuesto por la representación procesal de **D. Apolonio**, contra la sentencia dictada el 30 de Junio de 2016 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Rollo de Sala Nº 31/2015, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 2/2015 del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Cambados que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de **contra los derechos de los trabajadores**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Apolonio, representado por el procurador D. Pablo Domínguez Maestro; y defendido por el letrado D. Alberto Gallego Rivera; y como parte recurrida, la acusación particular **Tesorería General de la Seguridad Social**, representada por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, D. Pascual Espín Alcaraz, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 3 de Cambados, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 2/2015 en cuya causa la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 30 de Junio de 2016, que contenía el siguiente **Fallo**: "Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** como autor penalmente responsable de un **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**, ya definido, al encausado, Apolonio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** con las accesorias legales de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena e inhabilitación especial-

para el ejercicio del cargo de administrador de industria o comercio por el mismo tiempo y MULTA DE SIETE MESES a razón de 6 euros diarios, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el Art. 53 del Código Penal para caso de impago de la multa impuesta, esto es, un día de privación de libertad por cada das cuotas de multa insatisfechas, así como al pago de las costas procesales. En concepto de responsabilidad civil, el encausado, Apolonio , con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad "Paradela Restauración S.L.", deberá indemnizar a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por el importe de las cuotas dejadas de ingresar por el encausado en la Seguridad Social por las nueve trabajadoras a su servicio hasta la fecha de la inspección."

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos:** *"Probado y así se declara que el día 19 de febrero de 2014, las 22:40 h, la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social realizaron visita de inspección conjunta a la entidad "Paradela Restauración, SL," que gira bajo el nombre comercial de "Club Montparnasse", dedicada a la actividad de hostelería (bar de copas y en el lugar de A Goulla, Paradela administrador único es el encausado, Apolonio , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia.*

En el momento de la inspección, de los doce personas que se hallaban trabajando en el local, solamente dos de ellos habían sido dados de alta por el encausado en la Seguridad Social como trabajadores de la entidad "Paradela Restauración, SL", en concreto, Gustavo , NIE NUM000 , que ejercía funciones de camarero y, Felisa , DNIT- NUM001 que realizaba el trabajo de recepcionista y era la encargada de explicar la forma y condiciones de trabajo al resto. De las diez trabajadoras restantes, todas ellas realizando funciones de alterne, una, Ruth , con pasaporte MD NUM002 , había sido contratada por el acusado a sabiendas de que carecía del correspondiente permiso para trabajar en España; y, las otras nueve, venían desempeñando la actividad de alterne sin haber sido dadas de alta en la Seguridad Social por el encausado con carácter previo al inicio de la actividad, obligación de la que aquél era perfecto conocedor. En concreto, en dicha situación se hallaban: Carolina , colombiana, con NIE NUM003 , Mariana , paraguaya con NIE NUM004 , María Virtudes , de República Dominicana y con DNI NUM005 Estrella , nacida en Brasil y con DNI NUM006 , Rosario , natural de República Dominicana y con DNI NUM007 , Carla , rumana y con NIE NUM008 , Marcelina , natural de Colombia y con DNI NUM009 , María Inmaculada , colombiana, con NIE NUM010 y Florinda , de Venezuela y con NIE NUM011 .

*Como consecuencia del impago de las cuotas, la Tesorería General de la Seguridad Social sufrió perjuicios económicos cuyo importe no ha sido cuantificado."*

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Apolonio , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 21 de Septiembre de 2016, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

**CUARTO.-** Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 26 de Octubre de 2016, el Procurador D. Pablo Domínguez Maestro, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos:**

**Primero.** Al amparo del art. 850.2 de la LECr. por quebrantamiento de forma.

**Segundo.** Al amparo del art. 851.3 de la LECr. por quebrantamiento de forma.

**Tercero.** Al amparo del art. 852 de la LECr. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

**Cuarto.(se denomina tercero por error en el escrito de formalización):** Al amparo del art. 849.1º de la LECr. por vulneración del art. 311.2 b) CP.

**Quinto. (Cuarto en el escrito de formalización):** Al amparo del art. 849.1º de la LECr. por vulneración del art. 21 CP.

**Sexto. (Quinto en el escrito de formalización):** Al amparo del art. 849.1º de la LECr. por vulneración del art. 66 CP.

**Séptimo. (Sexto en el escrito de formalización):** Al amparo del art. 849.1º de la LECr. por vulneración del art. 109 CP.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal y la **acusación particular**, por medio de escritos fechados el 10 y 11 de Noviembre de 2016, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

**SEXTO.-** Por providencia de 25 de Enero de 2017 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **15 de Febrero de 2017**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer motivo se configura por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 850.2 LECr.

1. El recurrente aduce que se ha condenado a la mercantil "Paradela Restauración, SL." como responsable civil subsidiario, cuando no ha sido acusada y cuando, ni siquiera ha sido citada ni traída al procedimiento.

2. El art. 850.2º LECr, precisa que: " *el recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma: Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo y forma, dándose por citadas*".

3. El Ministerio Fiscal formuló en su momento *denuncia* (fº 48 y ss) *contra* la Sociedad "PARADELA RESTAURACIÓN SL", con nombre comercial "CLUB MONTPARNASSE", dedicada a la actividad de hostelería, con NIF. B-94088143 y CCC.36116671923 y domicilio y centro de trabajo en el lugar de A Goulla- Paradela, nº 9, Meis, Pontevedra, y *contra* Apolonio, con DNI. NUM012, administrador único de la citada sociedad.

El Ministerio público en su escrito de *acusación* (fº 249 y ss) entendió que <<O acusado Apolonio, actuando como administrador de "Sociedade Paradela Restauración SL",coñecida como "CLUB MONTPARNASSE" >>efectuó los hechos imputados, que reputó constitutivos del delito previsto en el art. 311.2º b) CP; y precisó que <<en concepto de responsabilidad civil, o acusado, coa responsabilidade subsidiaria de empresa"Club Montparnasse",deberá satisfacer á Tesourería da Seguridade Social a cantidade que se determine no acto do xuízo oral, ou no seu defecto en execución de sentença, por as cuotas non sufragadas por o acusado a dito organismo>>.Y en la vista del juicio oral (fº 412), elevó a definitivas sus conclusiones.

Por su parte, la Tesorería General de la Seguridad Social (fº 247 y ss), ejercitando la *acusación particular*, consideró responsable de los hechos y del delito como autor a Apolonio, solicitando que se le condenara a las penas que señaló y a que indemnizara a la TGSS en la cantidad de 42.201 euros más los intereses de demora que correspondieran. Conclusiones que fueron elevadas también a definitivas en la referida vista.

La defensa del acusado, en su escrito (fº 241 y ss) y conclusión primera hizo constar que <<D. Apolonio, administrador de la mercantil, PARADELA RESTAURACIÓN SL. regenta un local de hostelería, con el nombre de "Club Montparnasse", sito en el Lugar de Paradela ,nº 9, en la localidad de Meis...>> En la conclusión quinta indicó que "procedía la libre absolución; y en la sexta que " *no procedía* la fijación de *responsabilidad civil*". Tales conclusiones fueron elevadas a definitivas en la vista del juicio oral, si bien modificando la cuarta y la quinta, interesándose, para el caso de condena, "la apreciación de la atenuante de reparación del daño y la imposición de la pena en la mitad inferior".

El auto de incoación de *Procedimiento Abreviado*, de fecha 20-1-2015 (fº 232 a 234) en su antecedente fáctico hizo constar que las Diligencias " *se seguían por un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto en el art. 311.2 CP, consistente en la prestación de trabajos, en la sociedad PARADELA RESTAURACIÓN SL., que actúa con el nombre comercial CLUB MONTPARNASSE, y que se trata de un prostíbulo o Club de alterne, de varios trabajadores sin estar dados de alta en el régimen de la Seguridad Social o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, que se imputan a Apolonio, y en los que puede ser responsable a efectos de consecuencias accesorias y responsabilidad civil la entidad PARADELA RESTAURACIÓN SL....*"

Por su parte, el auto de 30-3-2015 (fº 254 y 255), en su parte dispositiva decretó la *apertura del juicio oral*, teniendo por formulada la *acusación contra Apolonio por un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto en el art. 311.2º b)CP; así como requirírase a Apolonio, y en su caso, a PARADELA RESTAURACIÓN SL.para que en el plazo de una audiencia preste fianza en cantidad de 45.000 euros para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran imponérseles...*"

Como consecuencia de todo ello, la *sentencia* en su antecedente *tercero*, indicó que " *la defensa del encausado y de Pasarela Restauración SL, solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables*"; y en el *factum* precisa que <<la entidad "Paradela Restauración, SL", que gira bajo el nombre comercial de "Club Montparnasse, dedicada a la actividad de hostelería (bar de copas y alterne)...cuyo administrador único es el encausado Apolonio ...>>; y en el *fallo* se condena a que << *el encausado en concepto de responsabilidad civil, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad "Paradela Restauración SL."indemnice a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia...*>>

Puede concluirse por tanto que PARADELA RESTAURACIÓN SL, fue constituida por el acusado mediante escritura de 6-9-2013 (fº 97 y ss), estableciendo como sistema el de administrador único, cargo para el que, en tal documento público, se nombró a sí mismo y por tiempo indefinido; y que la entidad fue llamada al procedimiento, compareció, representada en el juicio por su administrador único el acusado Apolonio, asistidos una y otro por el letrado de su defensa.



Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo se funda en **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 851.3 LECr.

1. Se alega que en la sentencia no se resuelve nada sobre la circunstancia de que "Paradela Restauración SL" *no haya sido acusada como entidad* obligada a cursar el alta de las personas consideradas trabajadoras, los hechos y la responsabilidad por tal omisión. Y se llama la atención sobre que fue a dicha mercantil, y no al recurrente como administrador de la misma, a la que sancionó la inspección de trabajo por la falta de alta de las trabajadoras, como consta en el acta obrante a los folios 23 a 30.

2. El art. 851.3 de la LECr, señala que: *"También podrá interponerse el recurso de casación por la misma causa, cuando no se resuelva en ella (la sentencia) sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa."*

3. El recurrente parte de un planteamiento equivocado. Ya vimos los términos en que la defensa del recurrente planteó sus conclusiones provisionales y definitivas. Además, la entidad Paradela SL. no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP. El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace - mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Lo 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.

Dice así el art. 318 CP: *" Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores ) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código ."*

De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31 bis.

La sentencia sí que resuelve esta cuestión. Condena al recurrente y ello pese a que nadie acusó a la persona jurídica.

Además, -como apunta el Ministerio Fiscal- la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los ( arts. 31 bis y ter) CP.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**TERCERO.-** El tercer motivo se configura por infracción de precepto constitucional y del derecho a la **presunción de inocencia**.

1. Se sostiene que la prueba practicada en el plenario es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, porque la conclusión condenatoria a que llega el tribunal es contraria a las máximas de la lógica y experiencia, e incoherente con las pruebas practicadas, pues las personas que *estaban en el local* manifestaron que no estaban trabajando allí y que *eran clientes* del local, lo que debe resultar más que suficiente para desvirtuar el contenido de las actas levantadas por los agentes de Policía (que hablan de actividad de camareras) y por las subinspectoras de trabajo (que hablan de actividad de alterne) y que no fueron firmadas por ninguna de las supuestas "trabajadoras". Y además porque *el alta de oficio* de la Seguridad Social efectuada, es consecuencia de la autotutela ejecutiva de la Administración, después de la visita efectuada por la Inspección en 19-2-2014, respecto de personas que se dice que estaban trabajando, aunque es falso.

2. Como tantas veces ha dicho esta Sala, el motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen ( STS 12-2-92); o como ha declarado el TC (S.44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS 21-6- 98), conforme al art. 741 de la LECr., no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia ( STC.126/86 de 22 de octubre y 25/03, de 10 de febrero). Por tanto, desde la perspectiva constitucional, el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECr., implica que los distintos medios de prueba han de ser apreciados básicamente por los órganos judiciales, a quienes compete la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias.



Cuando se trata de pruebas *personales*, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que merecen quienes declaran ante el Tribunal corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, en virtud de la *inmediación*, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta en su momento que puedan poner de relieve una valoración arbitraria. Tiene dicho esta Sala en la STS núm. 951/99, de 14 de junio de 1999, que "...el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la *inmediación*, o sea de la *percepción directa* de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la *credibilidad de los testigos*, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (Cfr. SSTs 22-91992 y 30-3-1993; 2-10-2003, nº 1266/2003)".

3. Conforme a lo anterior, es verdad que todas las indicadas como trabajadoras, que pudieron ser halladas para prestar declaración como testigos en el juicio oral, manifestaron que no estaban trabajando allí y que eran clientas.

Ahora, que exista dicha prueba de descargo no implica que la presunción de inocencia se haya vulnerado.

Existe otra prueba de cargo suficiente, que la Sala valoró en conjunto con la de descargo. Dicha prueba vino integrada por las testificales de los agentes de Policía y las subinspectoras de Trabajo y por las actas documentales que levantaron, donde perfectamente se conjugan sin incompatibilidad alguna actividades de "camareras" con las de "alterne".

La sentencia sobre este extremo indica: -en su FJ. 1º, folios 8 y 9-"el Tribunal, a la vista de la prueba practicada en sede plenaria, no tiene ninguna duda, habiendo *formado su convicción a través* de la prueba testifical de los agentes de la Policía Nacional (Brigada de Extranjería) que acudieron al local, agentes N° NUM013 y NUM014, y de las Subinspectoras de Trabajo, Felicidad e Sagrario, que acompañaron a los anteriores y se entrevistaron con cada una de las personas que hallaban en el local, así como de la prueba *documental*, (informes de la Policía Nacional y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y actas de infracción, debidamente ratificados)". Y continúa la sentencia relatando cómo los agentes de Extranjería relacionaron e identificaron a las personas que había en el Club, las Subinspectoras les tomaron declaración en la que manifestaron que realizaban labores de "alterne", con horario, retribución, etc "extremos -continúa la sentencia- que fueron confirmados por el relato efectuado por Felisa (la recepcionista), según se desprende del informe de Inspección y de las Actas de Infracción levantadas, informe y actas que fueron debidamente ratificadas en el acto del juicio por sus autoras ... De otro lado, tanto las Subinspectoras como los agentes de Policía Nacional que depusieron en el plenario afirmaron que todas las mujeres identificadas se hallaban vestidas con "ropa corta y sugerente", indicativa de la actividad de alterne que realizaban y que en el local, además del bar la parte superior, existía una salita y nueve dormitorios".

En cuanto al alta de oficio de la Seguridad Social efectuada, después de la visita llevada a cabo por la Inspección en 19-2-2014, aunque fuera consecuencia - como sostiene el recurrente- de la autotutela ejecutiva de la Administración, que fuera tomada en cuenta como circunstancia de corroboración del desarrollo de la actividad laboral en el club por el tribunal de instancia, es completamente comprensible, pues carecería de razón de ser en otro caso, tal como considera.

Constatada la existencia de prueba de cargo, su suficiencia para destruir la presunción de inocencia, la racionalidad de la motivación fáctica realizada por el Tribunal a quo y el respeto a todas las garantías procesales, la conclusión no puede ser otra que el rechazo del motivo, que así debe ser desestimado.

**CUARTO.-** El cuarto motivo se funda en **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción del art 311.2, B, en relación con 318 CP, y en relación con los arts. 2 y 22 R.D. Legislativo 5/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social.

1. Para el recurrente no puede imponérsele pena alguna como administrador de la entidad, pues la empresa infractora, como estimó la Inspección de Trabajo, es Paradela Restauración SL. y no ha sido llamada a juicio ni acusada.

2. Ante todo debemos recordar las consideraciones que efectuamos en nuestra STS 478/2015, de 17 de julio, donde precisamos que "el tipo penal de referencia es el art 311, 2º CP, precepto introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, con entrada en vigor a partir del 17 de enero de 2013, y que en concreto tal tipo penal castiga con la sanción dispuesta en el mismo, a los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de



trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

- a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,
- b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien.
- c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.

La finalidad de la norma, como se deduce del Preámbulo de la LO 7/2012, es sancionar a quienes recurren, de forma masiva o colectiva, a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al sistema de la Seguridad Social correspondiente. Y dicha incorporación es obligatoria, en las condiciones establecidas legal y reglamentariamente, independientemente del número de trabajadores y horas de prestación en el mes anterior al momento del cómputo".

En nuestro caso el hecho probado declaró como tal que: "El día 19 de febrero de 2014, las 22:40 h, la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social realizaron visita de inspección conjunta a la entidad "Paradela Restauración, SL," que gira bajo el nombre comercial de "Club Montparnasse", dedicada a la actividad de hostelería (bar de copas y en el lugar de A Goulla, Paradela administrador único es el encausado Apolonio , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia.

En el momento de la inspección, de los doce personas que se hallaban trabajando en el local, solamente dos de ellos habían sido dados de alta por el encausado en la Seguridad Social como trabajadores de la entidad "Paradela Restauración, SL", en concreto, Gustavo , NIE NUM000 , que ejercía funciones de camarero y, Felisa , DNIT- NUM001 que realizaba el trabajo de recepcionista y era la encargada de explicar la forma y condiciones de trabajo al resto. De las diez trabajadoras restantes, todas ellas realizando funciones de alterne, una, Ruth , con pasaporte MD NUM002 , había sido contratada por el acusado a sabiendas de que carecía del correspondiente permiso para trabajar en España; y, las otras nueve, venían desempeñando la actividad de alterne sin haber sido dadas de alta en la Seguridad Social por el encausado con carácter previo al inicio de la actividad, obligación de la que aquél era perfecto conocedor."

Por otra parte, en cuanto el recurrente reitera lo interesado en el motivo segundo, hay que estar a lo ya expresado con relación al mismo al que nos remitimos, siendo desestimado el presente por las razones allí expuestas.

**QUINTO.-** El quinto motivo se funda en **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción del art. 21 CP.

1. Se reclama la aplicación de la circunstancia atenuante de *reparación del daño*, en cuanto que consta al folio 408 resguardo de consignación efectuada por el recurrente de la cantidad de 250#60 euros en concepto de responsabilidad civil, puesto que el perjuicio causado fue ese, por la falta de alta de 10 trabajadoras *el día* 19-2-2014, a razón de 25#06 euros *diarios* de cotización por cada una de las personas a la que se habría dado ocupación, tal como se cuantificó en las actas de infracción levantadas por los mismos hechos y en el mismo escenario. Y se sostiene que no se puede confundir la cantidad de 42.201 euros solicitados por la acusación particular, que tiene naturaleza sancionadora y corresponde a la sanción impuesta a Paradela Restauración SL, con la responsabilidad civil o resarcimiento de daños .

2. Esta Sala indicó en su STS nº 909/2016, de 30 de noviembre, que conviene delimitar la " ratio atenuatoria" de esta circunstancia en su actual formulación legal. Así en SSTs. 809/2007 de 11.10, 78/2009 de 11.2, 1238/2009 de 11.12, 1323/2009 de 30.12, 954/2010 de 3.10, 1310/2011 de 27.12, hemos dicho que: "La *reparación del daño* causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el C.P. anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante " ex post facto ", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la *reparación* privada posterior a la realización del delito.



Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El *elemento cronológico* se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la *reparación* se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La *reparación* realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El *elemento sustancial* de esta atenuante consiste en la *reparación* del *daño* causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de *reparación* que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de *reparación* del *daño* o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la *reparación* del *daño* moral puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la *reparación* o curación del *daño* de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera *que satisface el interés general*, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena"

Asimismo la STS. 809/2007 de 11.20 pone de relieve la existencia de dos corrientes de esta Sala, que entendemos no son excluyentes o incompatibles, si las interpretamos desde la perspectiva del carácter "objetivo" de la circunstancia.

Por una parte la denominada teoría del "*actus contrarius*" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del *daño*, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis parece colocar el acento en la *menor culpabilidad del autor*, esto es, en la menos reprochabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto *ex post accepta su responsabilidad*, contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico transgredido.

La tesis contrapuesta que podríamos denominar de "*protección objetiva de la víctima*", lo que pretende es incentivar el apoyo y ayudar a las víctimas del delito, exigiendo del responsable una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal. Realmente es la doctrina que sostiene el auto de 6-5-2004. Son razones de política criminal las que justifican la atenuación y que tienden a favorecer al autor del delito que repara total o parcialmente -pero en todo caso de *manera significativa*- el *daño* ocasionado con su conducta, sin desconocer que también puede ser ponderada la *menor necesidad de pena* derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la *reparación*, *aunque la atenuante del art. 21-5 C.P. no lo exija*.

Interpretada la doctrina del "*actus contrarius*" desde la óptica de la objetividad indiscutible de la atenuante, no es posible afirmar que la circunstancia atenúa por razón de una menor culpabilidad. La culpabilidad del hecho hay que situarla en el momento de la comisión del mismo, en que el sujeto activo despliega una conducta consciente vulneradora del ordenamiento jurídico penal, pudiendo haberlo evitado, y a pesar de todo y aun afirmando que de presentársele la ocasión actuaría de igual modo, reconoce que como autor material de un *daño* debe responder frente a la víctima y lo hace.

Así pues, la doctrina del "*actus contrarius*", interpretada desde la *objetividad* con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal. Su responsabilidad civil declarada en sentencia nace "*ex delicto*" por lo que satisfaciéndola el acusado *reconoce que fue autor o tuvo participación en la causación a un tercero de un daño injusto*.

Desde otro punto de vista, el carácter absolutamente objetivo de la atenuante no excluye que en la *reparación* total o parcial el *daño*, el sujeto, además de dar satisfacción a la víctima, reafirme la vigencia de la norma jurídica vulnerada y en definitiva el propio acto de *reparación*, restitución, indemnización o demás formas de eliminar o atenuar los efectos del delito, conlleva la emisión de una voluntad externa de reconocimiento del derecho.



No obstante -como decíamos en la STS. 78/2009 de 11.2- debe insistirse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor por lo que no es necesario que la *reparación* responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo de la atenuante -en atención a determinadas *circunstancias* que reseña la STS. 809/2007 de 11.10:

- a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.
- b) Todas las atenuantes *ex post facto* (*reparación*, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.
- c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.
- d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de *reparación* del *daño* del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.

Por ello en las SSTS. 612/2005 de 12.5, y 1112/2007 de 27.12, esta Sala ha destacado una y otra vez el *carácter objetivo* de la atenuante, por cuanto la *reparación* del *daño* ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultando secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado.

Ahora bien constituye, a su vez, *un referente atendible la naturaleza del delito*, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser *íntegramente reparado en su plenitud*.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El *daño* ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

Situación que sería la del caso presente al no ser asumible que se aplique la atenuante a quien espera hasta el juicio oral para consignar una cantidad, 100 E, que en contra de lo sustentado en el motivo, *ningún sacrificio económico debió ocasionar al acusado*."

**3.** La sentencia de instancia en su *fundamento jurídico segundo*, haciéndose eco de la doctrina de esta Sala precisó que: "En el caso concreto y a la vista de la doctrina expuesta, peticionándose por la acusación particular una responsabilidad civil de 42.201 euros, es palmario que la consignación de 250,60 euros es una cantidad irrisoria que no puede producir el efecto atenuatorio pretendido, máxime, si tenemos en cuenta que ninguna prueba se ha practicado por la defensa tendente a acreditar que el importe de la consignación es acorde con la capacidad económica real del encausado, razones suficientes para rechazar la aplicación de la atenuante de reparación del, daño. "

**4.** En el fallo ha sido dejada para ejecución de sentencia la concreción de la cuantía a indemnizar a la Tesorería General de la Seguridad Social por el importe de las *cuotas dejadas de ingresar* por el encausado en la Seguridad Social por las nueve trabajadoras a su servicio hasta la fecha de la inspección. Con ello se reconoce la diferencia entre la sanción y las cuotas dejadas de ingresar. Ahora bien, la pretensión de que la cuota por cada trabajadora sea solo del día de la Inspección -sin perjuicio de que constituye la línea lógica de defensa- no es sostenible a efectos de considerar que la consignación de 250 euros por ese día pueda permitir apreciar un ánimo real de reparar el daño que pueda ser tenido en cuenta como atenuante y no, como hace la sentencia, un mero intento de procurar una atenuación. Ello máxime cuando la propia sentencia explica que la situación de no dar de alta a las trabajadoras *viene a ser algo reiterado* en tanto "consta documentalmente acreditado que el año anterior, esto es, en 2013, ya había sido sancionado por los mismos hechos siendo coincidentes, incluso, alguna de las trabajadoras afectadas ( Estrella e María Virtudes )."

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**SEXTO.-** El sexto motivo se articula por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, y por infracción del art. 66 CP.

**1.** El recurrente discute uno de los criterios o parámetros que considera utilizados por la sentencia para la individualización de la pena: el consistente en que "el encausado no era la primera vez que era sancionado por hechos de idéntica naturaleza". Y ello porque entiende, en primer lugar, que quien fue sancionada (acta





obrante a los folios 31 a 52) fue la entidad MONTPARNASSE OCIO SL. con la que él afirma que nunca ha tenido *nada que ver*. Y, en segundo lugar, porque aunque fuera cierto no es criterio adecuado para individualizar la pena atender a sanciones administrativas.

2. Como bien sabemos, por lo que se refiere a la infracción de ley, ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (SSTS. 8.3.2006, 20.7.2005, 25.2.2003, 22.10.2002), que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr. es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr.

3. La relación del acusado con el Club Montparnasse es más que evidente en cuanto que, los hechos probados proclaman que << *la entidad "Paradela Restauración, SL", que gira bajo el nombre comercial de "Club Montparnasse, dedicada a la actividad de hostelería (bar de copas y alterne)...cuyo administrador único es el encausado Apolonio ...>>*

4. Dicho esto, la pena impuesta -2 años y 6 meses de prisión- está comprendida dentro la mitad inferior (de 6 meses a 3 años y 3 meses) de la pena que lleva aparejada este delito que va de 6 meses a 6 años y multa, por tanto se ha individualizado correctamente.

El delito del art. 311, que se establece en función del número de trabajadores no dados de alta en relación con el total de trabajadores de la empresa, no presenta una divergencia cualitativa sino cuantitativa con la infracción administrativa, de ahí que sea procedente considerar aquellas otras infracciones previas que cualitativamente similares no hubieran llegado a los límites cuantitativos que exige el delito, para estimar que nos hallamos *no ante un hecho puntual sino*, como ha estimado la sala de instancia, ante una manera de proceder no aislada en materia de seguridad social, lo que indudablemente incide en la fijación de la pena.

Sobre la afirmación de que es ajeno a los hechos anteriores, hay que decir que no ha sido estimada por la AP al tratarse del mismo club, en el mismo local, haber declarado en el juicio oral el acusado que el local que siempre ha sido pub lo tiene abierto desde hace 5 años (acta del juicio oral, folio 409 vuelto) y ser algunas trabajadoras coincidentes, sin que el hecho de que se imponga la sanción administrativa a la persona jurídica implique ausencia de participación de su administrador único.

En todo caso, la individualización ha contado con otro criterio: "el elevado número de trabajadoras sin alta en la Seguridad Social en relación al total de trabajadores en la empresa". Efectivamente -como ya vimos- en empresas del apartado b del art.311.2 (de 11 a 100 trabajadores) basta con un 50% no dado de alta para apreciar delito, siendo así que aquí ese porcentaje (10 de 13 trabajadores no estaban dados de alta) era muy superior.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**SÉPTIMO.-** El séptimo motivo se configura por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1º LECr, por infracción del art 109 CP.

1. Al recurrente le resulta incomprensible que la sentencia deje para ejecución de sentencia la *cuantificación del perjuicio* sufrido por la Seguridad Social, cuando ese perjuicio es perfectamente cuantificable, ascendiendo a los 250#60 euros consignados.

2. En orden a la determinación de la responsabilidad civil, hay que tener presente que el art 115 del CP prevé que " *los Jueces y Tribunales al declarar su existencia*, establecerán razonablemente en sus resoluciones las *bases* en que fundamenten la *cuantía* de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución". Y que es doctrina tradicional y suficientemente conocida de esta Sala (Cfr STS 876/2001, de 19-5-2001) que, por la vía de la casación sólo es posible modificar las *bases* indemnizatorias, pero no discutir las evaluaciones cuantitativas realizadas por la Sala de Instancia. En este caso, insiste el recurrente en extremos ya señalados, ante lo cual debemos estar igualmente a lo ya explicado, recordando que se ha dejado para ejecución de sentencia la responsabilidad civil, en tanto se dice en la sentencia que han quedado fijadas las bases consistentes en los días cuya cotización se omitió, *durante todo el periodo de tiempo que permanecieron en esa situación*. Y ello, sin perjuicio de constatar que puede surgir alguna dificultad en la tramitación del incidente de fijación, ante la ambigüedad representada por la falta de señalamiento del día de inicio del devengo de las cuotas, señalándose tan sólo el día final, constituido por el día de la fecha de la realización de la inspección.



Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

**OCTAVO.-** La desestimación del recurso supone para el recurrente la imposición de las costas, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECr.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º Desestimar** el recurso de casación, por infracción de ley, de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación del acusado **D. Apolonio**, contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha treinta de Junio de dos mil dieciséis, en causa seguida por delito **contra los derechos de los trabajadores**.

**2º Imponer** a dicho recurrente el pago de las **costas** ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez D. Julián Sánchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde D. Perfecto Andrés Ibáñez