



FACULTAD DE DERECHO (ICAIDE)

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO
PENAL ESPAÑOL: DELITOS CONTRA LOS
DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.

Autora: Blanca Díez Montiel.

Tutor: Manuel Gallego Díaz.

Madrid

Marzo 2014

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL:
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.



RESUMEN Y PALABRAS CLAVE.

Este Trabajo de Fin de Grado pretende analizar desde un punto de vista jurídico el párrafo primero del artículo 311 del Código Penal español. Este precepto tiene como finalidad proteger los derechos de los trabajadores, en concreto trata de evitar la imposición de condiciones laborales y de Seguridad Social que puedan resultar perjudiciales para los trabajadores.

Para ello, se imponen las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses a los empleadores que impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o mediante el contrato individual. Además esa imposición debe ser realizada mediante engaño o abuso de necesidad.

Palabras clave: derecho de los trabajadores – imposición – artículo 311 CP – condiciones laborales – Seguridad Social.

This Final Degree Project tries to analyze the article 311 of Spanish Criminal Code. This article has the aim to protect employee's rights; in particular it tries to prevent working conditions and National Health Service conditions which could harm employees.

For that, article 311 imposes prison and penalties for those employers that impose to their employees working and National Health Service conditions that damage, suppress or restrict those rights that have been recognized by law, collective agreement or contract. Moreover, that imposition must be done by means of machination or abuse of necessity.

Key words: labor law – to impose – article 311 CP – working conditions – National Health Service.

I. ÍNDICE.

- I. ÍNDICE: página 3.
- II. LISTADO DE ABREVIATURAS: página 4.

-
- 1. INTRODUCCIÓN: páginas 5-7.
 - 2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: páginas 8-11.
 - 3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO: páginas 12-18.
 - 3.1. Sujeto pasivo: páginas 12-15.
 - 3.2. Sujeto activo: páginas 16-18.
 - 4. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO. PROBLEMÁTICA DE LAS NORMAS PENALES EN BLANCO: páginas 19-30.
 - 4.1. Conducta típica: páginas 20-29.
 - 4.2. Elemento subjetivo: página 29.
 - 4.3. Iter criminis: páginas 29-30.
 - 5. COEXISTENCIA DEL DERECHO PENAL LABORAL CON EL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO-LABORAL. PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM: páginas 31-36.
 - 6. REFORMA DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL. LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL: páginas 37-39.
 - 6.1. Introducción: página 37.
 - 6.2. Modificación introducida por la Ley Orgánica 7/2012, en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores: páginas 38-39.
 - 7. CONCLUSIONES: páginas 40-43.
 - 8. BIBLIOGRAFÍA: páginas 44-45.
 - 9. ANEXO I: LEGISLACIÓN: página 46.

II. LISTADO DE ABREVIATURAS.

CE	Constitución Española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal español de 1995
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LRJAP-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
ONG	Organización No Gubernamental
TRLISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

“Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse” (Exposición de motivos del Código Penal español de 1995).

1. INTRODUCCIÓN.

El Código Penal español dedica su Título XV a una serie de artículos, del 311 al 317, que tienen como finalidad regular los delitos que se cometen en el ámbito laboral. Así, este Título XV tiene como título “delitos contra los derechos de los trabajadores”.

El legislador español trata de proteger a los trabajadores en el ámbito laboral, público o privado, frente a los posibles abusos que puedan cometerse contra ellos, ya sea durante la prestación laboral, ya sea en el momento de acceder al puesto de trabajo.

Estos preceptos cuentan con una base constitucional:

- En primer lugar nos encontramos con el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), que recoge el principio de no discriminación. Dicho precepto dispone que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Por su lado, el artículo 314 del Código Penal (en adelante CP) protege este principio, disponiendo que serán castigados con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses *“los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por*

razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado”.

- En segundo lugar, el artículo 28 CE recoge la libertad sindical y el derecho de huelga. El primer párrafo de dicho precepto estipula que *“todos tienen derecho a sindicarse libremente”*, y el segundo párrafo dispone que *“se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”*.

Por su parte, el artículo 315 CP en su párrafo primero, establece que *“serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga”*.

- En tercer lugar, nos encontramos con el artículo 35.1 CE, que recoge las condiciones laborales mínimas. Este precepto dispone que *“todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

Además, el artículo 40.2 CE dispone que los poderes públicos garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas.

Por su parte, el artículo 311 CP dispone que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses los que, *“mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”*.

- En cuarto lugar, el artículo 40.2 CE regula otras condiciones básicas, como son la seguridad y la salud durante el tiempo de trabajo.

Así, el artículo 316 y 317 CP establecen que serán castigados con penas de prisión los que no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su trabajo con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

- En último lugar, el artículo 41 CE dispone que *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente, en caso de desempleo”*.

Por otro lado el artículo 311 CP dispone que serán castigados con pena de prisión aquéllos empleadores que impongan a los trabajadores a su servicio de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.

El bien jurídico protegido, también denominado objeto jurídico del delito, se define como el interés o los intereses tutelados por el Estado con ocasión de la tipificación de una determinada conducta como delito o falta.

El artículo 311 CP es el primer artículo que aparece recogido en el Título XV (*“de los delitos contra los derechos de los trabajadores”*) del Código Penal. Dicho precepto tiene como finalidad la protección de los derechos de los trabajadores.

Este artículo establece que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis meses a doce meses *“los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”*.

Este precepto trata de proteger no sólo los derechos que los trabajadores hayan adquirido por disposición legal (en concreto los recogidos por el artículo 3¹ del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), sino también aquellos derechos adquiridos por contrato individual.

Así, como comenta POMARES CINTAS:

“En principio, este delito tutela la prestación del trabajo en las condiciones y derechos reconocidos por la legalidad vigente. Sin embargo, la discusión sobre el carácter irrenunciable de los derechos protegidos por el 311 queda aquí desvirtuada por la inclusión en el precepto del contrato individual como fuente de los derechos laborales básicos. Esto significa que el 311 no sólo se dirige a la protección de los derechos laborales básicos (los irrenunciables o indisponibles, según el artículo 3.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los

¹ Así, el artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que *“los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado. b) Por los convenios colectivos. c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados. d) Por los usos y costumbres locales y profesionales”*.

El apartado 5 del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores establece que *“los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”*.

Trabajadores); también ampara los derechos que se deriven del pacto individual, que podrán superar esa base mínima de derecho necesario”.²

Por otro lado, la jurisprudencia establece que “el llamado derecho penal laboral, del que el artículo 311 es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores” (Sentencia 995/2000, de 30 de junio, del Tribunal Supremo, Sección Segunda, recurso 3947/1998).

“El llamado derecho penal laboral de los que el tipo que se comenta es el elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores” (Sentencia de 23 de enero del 2001, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, recurso 345/2000).

Sin embargo, no todos los derechos y condiciones laborales de los trabajadores son protegidos por este precepto, sino que se le da al empresario un margen de actuación, la posibilidad de que modifique determinados derechos y condiciones laborales cuando se presentan determinadas circunstancias.

Así, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) establece que la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideran modificaciones sustanciales aquellas que afectan a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial, al sistema de trabajo y rendimiento, y a determinadas funciones.

² POMARES CINTAS, E. “delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Álvarez García, F.J. (Dir.), *Derecho penal español: parte especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 885.

Por tanto, para que el empresario, de manera unilateral, modifique alguna de las condiciones anteriormente mencionadas, debe existir alguna de las siguientes razones:

- Causas económicas: Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprende una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior (artículo 82.3 párrafo 3º ET).
- Causas técnicas: Se entiende que concurren causas técnicas cuando se producen cambios (artículo 82.3 párrafo 4º ET), entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, como por ejemplo sustitución de la maquinaria de una empresa por otra más moderna en la que se necesiten menos trabajadores para su funcionamiento.
- Causas organizativas: Se entiende que concurren causas organizativas cuando se producen cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción (artículo 82.3 párrafo 4º ET), como por ejemplo la reorganización de los servicios centrales de una determinada empresa.
- Causas productivas: Se entiende que concurren causas productivas cuando se producen cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Por tanto, “las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que recoge el artículo 41 ET constituyen una forma lícita de instrumentalización del trabajador que no constituyen penalmente un trato abusivo porque forma parte del poder discrecional y organización de la empresa” (Auto de 15 de septiembre del 2003, de la Audiencia Provincial de Barcelona, recurso 188/2003)

En consecuencia, “no tendrían relevancia penal aquellas modificaciones laborales que restringen derechos cuando están previstas en la legislación laboral; son adecuadas a derecho”³.

³ POMARES CINTAS, E. “delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Álvarez García, F.J. (Dir.), *Derecho penal español: parte especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 886.

3. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.

3.1. SUJETO PASIVO.

No se trata de proteger los contratos formalmente válidos, una relación laboral formal, sino de impedir que la prestación del trabajo se realice en condiciones que perjudiquen los derechos de los trabajadores.

Como primera aproximación, para determinar quiénes son los sujetos de una relación laboral, podemos acudir al Estatuto de los Trabajadores. Su artículo 1 establece que *“la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*.

Es necesario para que una persona sea considerada trabajador, que cumpla dos requisitos: que sea una persona física, y que tenga capacidad jurídica al efecto:

- En cuanto al primer requisito, cualquier persona física puede considerarse trabajador, con independencia de su edad (salvo excepciones que limitan la capacidad), religión, sexo, nacionalidad, raza o afiliación política o sindical.
- En cuanto a la capacidad jurídica, hay determinados supuestos en los que la capacidad para trabajar se ve limitada. Estos supuestos son la edad, la nacionalidad y las circunstancias generales que limitan la capacidad recogidas en el Código Civil.
 - a) En relación con la edad, nos encontramos con que el Estatuto de los Trabajadores prevé tres supuestos distintos: un primer supuesto de ausencia de capacidad, otro de capacidad plena y finalmente, un tercer supuesto de capacidad limitada.⁴

El artículo 6 ET establece una prohibición absoluta para trabajar para los menores de 16 años. Esta prohibición absoluta cuenta con una única excepción, y es que se permite la intervención de los menores de 16 años en

⁴ Clasificación obtenida en MOLERO MANGLANO, C. “Sujetos del contrato de trabajo” en Moreno Manglano, C. (Dir.), *“Manual del derecho del Trabajo”*, 12ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 176-177.

espectáculos públicos, siempre con la debida autorización de la autoridad laboral, y que dicha intervención no suponga un peligro para su salud ni para su formación (artículo 6.4 ET).

El artículo 7 ET establece que podrán contratar la prestación de su trabajo (capacidad plena) los mayores de 16 y menores de 18 años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tengan a su cargo.

Este supuesto se refiere a que tendrán plena capacidad de obrar los mayores de 18 años, los mayores de 16 pero menores de 18 que estén emancipados (por matrimonio, por concesión de quienes ejercen la patria potestad o por concesión judicial), o los menores mayores de 16 años que hayan obtenido el beneficio de la mayoría de edad.

Por último, el artículo 7.b) párrafo 2º dispone que *“si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación”*. Este párrafo se refiere a los supuestos en los que los mayores de 16 no están casados ni emancipados, por lo que necesitarán autorización (expresa o tácita) de sus representantes legales para contratar.

- b) En relación con la nacionalidad del trabajador, el artículo 7.c) ET dispone que los extranjeros podrán contratar la prestación de su trabajo de acuerdo con la legislación específica sobre la materia.

En relación con esta cuestión nos encontramos con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LO de extranjería).

Su artículo 3.1 dispone que *“los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo*

general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

El artículo 35 CE (que es un derecho reconocido en el Título I CE) establece que todos los españoles tienen el deber y el derecho al trabajo. Además el artículo 14 CE dispone que todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. Por tanto, conforme a la interpretación del artículo 3.1 de la LO de extranjería, los extranjeros pueden ejercitar su derecho y deber al trabajo, en las mismas condiciones que los españoles, y que además se les prohíbe que se le discrimine. No obstante, es cierto que los extranjeros necesitan para poder trabajar y obtener la residencia, la debida autorización administrativa, y que la falta de la misma puede acarrear una infracción grave para el trabajador, y una muy grave para el empleador.

En este sentido, aunque los extranjeros necesitan la debida autorización administrativa para trabajar, ello no debe conllevar que los empleadores queden impunes si contratan personas que están de manera irregular en nuestro país. “La afirmación de que los inmigrantes ilegales, no tienen derecho al trabajo y por lo tanto no pueden ser víctimas de maquinaciones o procedimientos que le perjudiquen en sus derechos laborales porque ya están excluidos de ellos por su condición de ilegal, así expresado el argumento, constituye toda una invitación a los empleadores a la contratación de emigrantes ilegales en cualesquiera condiciones porque no están sujetos a ninguna normativa.

Este razonamiento es claramente incompatible con la afirmación que como póstico se inicia la Constitución en su artículo 1 cuando califica el Estado de «social», y es que el abordaje del art. 499 bis del anterior Código penal, equivalente al actual art. 311 del vigente Código debe efectuarse desde una perspectiva constitucional en la medida que el llamado derecho penal laboral de los que el tipo que se comenta es elemento central sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados” (Sentencia 995/2000, de 30 de junio, del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, recurso 3947/1998).

- c) Por último, las circunstancias generales que limitan la capacidad de obrar, son las que nos encontramos en el Código Civil. El artículo 200 del CC dispone que *“son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*. Por otro lado el artículo 1263 CC establece que no pueden prestar consentimiento ni los incapacitados ni los menores no emancipados.

Como conclusión de todo lo anterior, trabajador es aquella persona que realiza a favor de otra persona y bajo su dirección, durante un cierto tiempo, determinadas prestaciones a cambio de una retribución. Pero si acudimos a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante LOLS), en su artículo 1.2 nos encontramos con que a efectos de la LOLS, se consideran trabajadores no sólo aquellos que sean sujetos de una relación laboral sino también aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas.

Por otro lado, también deben ser considerados sujetos pasivos del artículo 311 CP los trabajadores autónomos. Así, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 3 de noviembre de 2006 relativo al Anteproyecto de reforma penal de 2006, dispone que son relaciones contractuales (refiriéndose a los trabajadores autónomos) que ocultan formas de dependencia efectiva próximas a la relación laboral. El trabajador autónomo es económicamente dependiente de un cliente, realiza una actividad profesional o económica a título lucrativo y de forma habitual. Por tanto, debe ser objeto de protección.

Por tanto, a efectos de determinar quien es sujeto pasivo, esto es, quién ve vulnerado sus derechos laborales, no sólo se debe considerar trabajador a aquel sujeto a una relación laboral, sino también aquellos que estén sujetos a una relación estatutaria o sean trabajadores autónomos.

3.2. SUJETO ACTIVO.

El artículo 311 CP exige que el sujeto pasivo esté al servicio de quien impone condiciones que supriman o restrinjan sus derechos.

Así, el artículo 1.2 ET dispone que son empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios (de los trabajadores), así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente establecidas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 ET tenemos que distinguir a tres tipos de empleadores:

- 1- Personas físicas: el empresario puede desempeñar su función por sí mismo o mediante representante. Cualquier sujeto de Derecho que desarrolle una actividad puede ser empleador. No es necesaria que tenga nacionalidad española, así como tampoco es relevante la edad, el sexo u otra circunstancia personal.
- 2- Personas jurídicas: pueden ser empleadoras cualquier tipo de personas jurídicas, cualquiera que sea su forma de constitución o cualquiera que sea su naturaleza. En general, podrán ser empleadoras las entidades que se recogen en el artículo 5⁵ de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social, a saber: cooperativas, mutualidades, fundaciones y asociaciones, sociedades laborales, empresas de inserción, centros especiales de empleo, cofradías de pescadores, sociedades agrarias de transformación y entidades singulares. Además también pueden serlo las sociedades, las asociaciones, las fundaciones las corporaciones y las ONG; las sociedades mercantiles, sean personalistas, colectivas o comanditarias, o de capital, anónimas o limitadas; sociedades civiles, cooperativas o mercantiles; empresas de inserción (mercantiles o cooperativas).

⁵ El artículo 5.1 dispone que “*forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior*”.

- 3- Entes sin personalidad jurídica: son sujetos de Derecho que carecen de la condición de persona física y tampoco tienen personalidad jurídica, pero están contemplados por el ordenamiento y pueden actuar válidamente en el tráfico jurídico.⁶ Son sujetos que pueden recibir la prestación de servicios.

Los entes sin personalidad jurídica que pueden ser empresarios son las comunidades de bienes, las uniones temporales de empresa, las herencias yacentes, los comités de empresa, las comisiones negociadoras del convenio colectivo, etcétera.

Así, el artículo 1 ET dispone que son empresarios, las personas físicas o jurídicas, y las comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de un trabajador. También la Disposición Adicional 1º, párrafo tercero del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes de Pensiones y Fondos de Pensiones, dispone que *“tienen la consideración de empresas no sólo las personas físicas y jurídicas sino también las comunidades de bienes y demás entidades que, aun carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir con sus trabajadores los compromisos descritos”*.

A modo de ejemplo, podemos señalar que la jurisprudencia reconoce como empleador a las comunidades de bienes. La sentencia 4319/2009, de 9 de diciembre, del Tribunal de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, equipara la comunidad de bienes y una sociedad, estableciendo que *“las comunidades de bienes del art. 1.2 ET son, en puridad, sociedades si nos acogemos al criterio del fin lucrativo para diferenciar a la comunidad de la sociedad, y así las comunidades de bienes del art. 1.2 ET no son auténticas comunidades, sino sociedades civiles o mercantiles”*.

Cabe destacar, que no existen requisitos que deba cumplir una persona (física, jurídica o ente sin personalidad jurídica) para ser empresario. No es necesario que sea profesional (por ejemplo una mujer que contrata servicio doméstico para que le ayude con las tareas del hogar); tampoco es exigible la habitualidad (por ejemplo un

⁶ MOLERO MANGLANO, C. “Sujetos del contrato de trabajo” en Moreno Manglano, C. (Dir.), *“Manual del derecho del Trabajo”*, 12º Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 202.

matrimonio organiza una fiesta en su casa y contrata a dos mayordomos para que sirvan la comida esa noche); no es necesario el ánimo de lucro (una ONG puede ser empleador); ni tampoco es necesaria la nacionalidad española para ser empleador.

Sin embargo, el autor que exige el Código Penal, no tiene por qué corresponderse con la definición de empleador o empresario dada por el ordenamiento laboral. En el Código Penal, nos encontramos con que el responsable penalmente de los delitos laborales debe ser siempre una persona física. Así lo dispone el artículo 318 CP al establecer que *“cuando los hechos previstos en los artículos (entre los que se encuentra el artículo 311) de este título 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 hubieran adoptado medidas para ello.”*

Por tanto, en los casos en los que el empleador sea una persona jurídica, o un ente sin personalidad jurídica, deberán responder por los delitos cometidos los administradores o encargados del servicio, por su responsabilidad de no haber tomado las medidas pertinentes para evitar la comisión del delito.

El motivo de la existencia del artículo 318 CP, regla específica, cuando existe la general contemplada en el artículo 31 del propio Código, es la que el primero amplía el abanico de posibles responsables penales pues no sólo incluye a los administradores, sino también a los encargados de servicio. Ambos preceptos permiten responsabilizar penalmente a una persona física cualificada en créditos especiales previstos, el caso del artículo 318, en el Título XV, del libro II del Código Penal vigente, «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», donde el autor en caso de empresas de titularidad de una persona jurídica sólo podría serlo la persona jurídica.

Cabe especificar que “no todos los administradores serán penados, sino sólo los que hayan sido responsables precisamente de no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad. El precepto no dice que serán responsables los administradores o encargados los del servicio, sino que se castigará a aquellos de ellos que hayan sido responsables de los hechos” (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª, de 4 de febrero del 2002, recurso 609/2001).

4. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO. PROBLEMÁTICA DE LAS NORMAS PENALES EN BLANCO.

El artículo 311 CP prohíbe imponer condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos a los trabajadores en el ámbito laboral. Esta imposición sólo tiene relevancia penal cuando se realiza mediante engaño o abuso de situación de necesidad; o también, como dispone el apartado 4º de ese precepto, cuando se utiliza violencia o intimidación.

Es necesario “que la acción de imponer a los trabajadores dichas condiciones labores o de Seguridad Social se realice mediante engaño o mediante abuso de la situación de necesidad en la que se encuentra el trabajador, siendo la gravedad del engaño, o el abuso como medio para la imposición de condiciones laborales, determinantes para establecer la frontera entre el ilícito social y el ilícito penal, ya que el tipo del injusto exige que haya habido una infracción laboral, pero que ésta se haya cometido mediante engaño o abusando de una situación de necesidad” (Sentencia 336/2013, de 4 de junio, Audiencia Provincial de Sevilla, recurso 7525/2012).

El problema surge al intentar comprobar la existencia de condiciones ilícitas laborales o de Seguridad Social que perjudiquen los derechos reconocidos a los trabajadores. Por este motivo, el artículo 311 CP es una norma penal en blanco, y será necesario acudir a la normativa laboral para determinar si el comportamiento analizado forma parte del poder discrecional del empresario (artículo 41 ET), o si por el contrario constituye un ilícito penal-laboral o una infracción administrativa. La problemática del artículo 311 CP como norma penal en blanco será analizada posteriormente.

Así, “no debe olvidarse que el denominado "Derecho Penal Laboral" coexiste con una regulación jurídico- administrativa que se ocupa de fijar sanciones para un determinado catálogo de infracciones laborales en las que puede incurrir el empleador o empresario, de tal manera que es necesario establecer una línea delimitadora entre las conductas merecedoras de sanción penal y las sólo merecedoras de sanción administrativa, en cuya tarea han de servir de pautas o criterios interpretativos el principio de "intervención mínima" y el carácter subsidiario que ha de atribuirse al Derecho Penal Laboral, derivado de la consideración de "ultima ratio" de la tutela jurídica que siempre corresponde al Derecho Penal” (Sentencia de 15 de julio del 2013, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, recurso 70/2012).

4.1. CONDUCTA TÍPICA.

Los elementos que conforman la conducta típica del artículo 311 CP son los siguientes:

- Imponer: conlleva hacer soportar al trabajador condiciones laborales o de Seguridad Social ilícitas y perjudiciales para sus derechos, ya en el momento de la contratación o bien durante el desarrollo del trabajo. Supone la asignación de condiciones laborales que vulneren los derechos adquiridos por disposición legal, convenios colectivos o contratos individuales. Esas condiciones han de ser ilícitas, no deben ser acordes a la normativa administrativa o laboral, pues en ese caso no sería ilícito penal.
- Condiciones laborales o de Seguridad Social: habrá que acudir a la normativa laboral y de Seguridad Social para comprobar si las condiciones impuestas son lesivas para el trabajador, o si son lícitas y por tanto el trabajador ha de soportarlas ya que forman parte del poder discrecional del empresario.

Aquí surge la problemática de la ley penal en blanco. Conforme a la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, "la reserva de Ley que opera en materia penal no impide la existencia de posibles «Leyes penales en blanco», esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden tener incluso carácter reglamentario (por todas, STC 24/2004, de 24 de febrero [RTC 2004, 24]). Al respecto lo que resulta exigible es la concurrencia de los tres siguientes requisitos: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso; en segundo término, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y, finalmente, que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza, es decir, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, resultando, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2005, de 17 de febrero, RTC 2005/34).

La jurisprudencia establece que en estos casos, para solventar este problema, “se debe llenar principalmente con el Estatuto de los Trabajadores (RDL 1/1995 de 24 de Marzo), Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994 de 20 de Junio) y Ley Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero y Ley Orgánica 8/2000)” (Sentencia 738/2001, de 3 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid). También ese “vacío” se ha de llenar con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante TRLISOS) y en el ámbito laboral público, se ha de tener en consideración la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

Por tanto, para conocer qué condiciones son a las que se refiere el artículo 311 CP, hay que acudir a las normas anteriormente citadas del ordenamiento español. A modo de ejemplo, en materia laboral (ámbito privado), el artículo 8 TRLISOS establece que “*son infracciones muy graves: 1. El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido. (...)3. Proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. 4. La transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral. (...) 11. Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores. 12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o*

judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

Por otro lado, en materia de Seguridad Social, el artículo 23 TRLISOS establece que *“son infracciones muy graves: a) Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad. b) No ingresar, en el plazo y formas reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social, no habiendo presentado los documentos de cotización ni utilizado los sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. c) El falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores o con los demás beneficiarios para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones. d) Pactar con sus trabajadores de forma individual o colectiva la obligación por parte de ellos de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuotas a cargo del empresario, o bien su renuncia a los derechos que les confiere el sistema de la Seguridad Social. (...) j) Dar ocupación a los trabajadores afectados por la suspensión de contratos o reducción de jornada, en el período de aplicación de las medidas de suspensión de contratos o en el horario de reducción de jornada comunicado a la autoridad laboral o a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, en su caso. k) Retener indebidamente, no ingresándola dentro de plazo, la parte de cuota de Seguridad Social descontada a sus trabajadores o efectuar descuentos superiores a los legalmente establecidos, no ingresándolos en el plazo reglamentario”.*

Por último, en el ámbito laboral público, el EBEP establece en su artículo 95.2 que *“son faltas muy graves: a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública. b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o*

étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo. (...) g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. (...) k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga (...). o) El acoso laboral. p) También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral”.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia ha considerado por ejemplo, que la no comunicación de la existencia de un contrato de trabajo a la autoridad laboral ni la pertinente alta en la Seguridad Social de la trabajadora, constituye un delito contra los derechos de los trabajadores (Sentencia 61/2002, de 10 de junio, de la Audiencia Provincial de Albacete).

Hay que tener siempre en cuenta que “no toda imposición de condiciones ilegales de trabajo resulta penalmente típica y ello por aplicación del principio de intervención mínima que inspira el Derecho Penal y a su carácter fragmentario o de última ratio. Este tipo sólo debe ser aplicado a ciertas conductas consideradas como socialmente intolerables, dejando otras más inocuas sometidas exclusivamente a la acción represiva de la Inspección y Delegaciones de trabajo en lo administrativo y de la jurisdicción laboral en lo contencioso” (Sentencia 466/2000, de 1 de junio, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 2º).

- Que perjudiquen, restrinjan o supriman los derechos reconocidos a los trabajadores: es necesario que las condiciones impuestas por el empleador perjudiquen, restrinjan o supriman los derechos reconocidos a los trabajadores en las disposiciones legales, convenios colectivos o en el contrato individual.

A modo de ejemplo, el artículo 4.2 ET dispone que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

- a) A la ocupación efectiva.
- b) A la promoción y formación profesional en el trabajo,
- c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados.
- d) A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.
- e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad.
- f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.
- g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.
- h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.

Además, el artículo 3.5 ET reconoce como indisponibles los derechos reconocidos por las disposiciones legales y los convenios colectivos (*“los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”*).

Por otro lado, el apartado 1.c) de este mismo precepto dispone, en relación con el contrato individual, que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos. Pero nada impide, como es lógico, pactar en el contrato individual, condiciones y derechos superiores a los mínimos que disponen las leyes laborales y los convenios colectivos.

En cualquier caso, esas condiciones impuestas por el empleador, solo tendrán relevancia penal cuando se hayan impuesto mediante engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación.

- Imposición mediante engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación: como se señaló anteriormente, “es necesario establecer una línea delimitadora entre las conductas merecedoras de sanción penal y las sólo

merecedoras de sanción administrativa, en cuya tarea han de servir de pautas o criterios interpretativos el principio de "intervención mínima" y el carácter subsidiario que ha de atribuirse al Derecho Penal Laboral, derivado de la consideración de "ultima ratio" de la tutela jurídica que siempre corresponde al Derecho Penal” (Sentencia de 15 de julio del 2013, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, recurso 70/2012).

Por otro lado, no puede pasarse por alto el alcance de la imprecisa expresión «impongan» que utiliza el mencionado precepto para describir la acción típica. A este respecto, el termino «imponer» expresa exclusivamente la decisión unilateral adoptada por el empresario en cuanto a las condiciones laborales o de Seguridad Social del trabajador, es decir, negar la posibilidad al trabajador de consensuar o disfrutar estas condiciones (PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., pg. 25). Puede surgir cierta confusión cuando concurra un eventual consentimiento –viciado o no– del trabajador, extremo que ha de considerarse como irrelevante cuando se trata de renunciar a derechos de carácter indisponible (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., pg. 1668), incluso en los casos de abuso de la situación de necesidad en los que el trabajador haya podido acceder conscientemente a la restricción de sus derechos mínimos e irrenunciables. Partiendo de tales consideraciones y en aras del principio de intervención mínima del Derecho Penal, cuando se alude a las situaciones de necesidad es preciso circunscribir la concurrencia de tal estado –con las lógicas dificultades probatorias– a las circunstancias personales o concretas del trabajador y no, por ejemplo, a la coyuntural concurrencia de una abundante oferta de trabajo en un determinado sector que pudiera ser aprovechada por el empresario para imponer abusivas condiciones de trabajo, aspecto que más bien entraría en la esfera de la política social y no del sistema punitivo, reservado para los casos excepcionales de mayor gravedad. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al señalar que la penalización de estas conductas tan sólo ha de regir para las más intolerables.⁷

“La gravedad del engaño o el abuso ejercido como medio para la imposición de condiciones laborales son determinantes para establecer la frontera entre el ilícito social y el ilícito penal ya que el artículo 311 CP exige que las conductas tipificadas no sólo -perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos- que tengan reconocidos "los trabajadores", sino que se dé además como consecuencia de un abuso de la situación de necesidad o el engaño hayan sido determinantes en la infracciones contempladas. En definitiva, el tipo del injusto exige que haya habido una infracción laboral; pero que ésta se haya cometido mediante engaño o abusando de una situación de necesidad” (Sentencia 248/2012, de 22 de mayo, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3º).

⁷ RUBIO SÁNCHEZ, F. “Delito contra los derechos de los trabajadores”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* vol. I parte Presentación, Pamplona, 1999.

Por tanto, para concretar esa “línea delimitadora” entre las conductas merecedoras de sanción penal y las sólo merecedoras de sanción administrativas, hay que demostrar que se impuso al trabajador esas condiciones ilícitas mediante engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación.

¿Qué se entiende por engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación?

- Engaño: consiste en cualquier maniobra o estrategia idónea para originar un error en el trabajador sobre las condiciones laborales o de Seguridad Social que el empleador le impone, de tal manera que no llegue a comprender que tales condiciones perjudican los derechos que tiene reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o en el contrato individual.

Por ejemplo: el empresario de un restaurante hace firmar un documento en blanco de baja laboral voluntaria (*“causa baja en la misma (ESPACIO EN BLANCO) con fecha ESPACIO EN BLANCO, en la que queda rescindido el contrato de trabajo. Y declara formalmente recibir la cantidad de ESPACIO EN BLANCO ptas. En concepto de FINIQUITO, de todos los importes que la empresa pueda adeudar como consecuencia de la relación laboral existente hasta el día de la baja, comprometiéndose a nada mas pedir ni reclamar a la empresa por concepto salarial alguno. En VALLADOLID a ESPACIO EN BLANCO de ESPACIO EN BLANCO de ESPACIO EN BLANCO”*) a cuatro trabajadoras contratadas de forma indefinida, consiguiendo su firma mediante engaño, puesto que se lo hicieron firmar cuando estaban realizando su actividad laboral y por tanto no pudieron leerse detenidamente el contenido del documento antes de firmarlo. Además, la persona que les hizo firmarlo, les manifestó que el documento carecía de importancia. (Sentencia 773/2001, de 31 de octubre, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2º).

Sin embargo, la jurisprudencia no ha considerado como engaño el hecho de que el empleador prometiera a un extranjero ilegal darle de alta en la Seguridad Social, ya que “no podía considerarse falsa condición un alta

en seguridad social que por la propia situación irregular del trabajador en nuestro país era imposible cumplir, ningún trabajador extranjero que no disponga de permiso de trabajo y residencia en nuestro país puede ser dado de alta en la seguridad social” (Sentencia 435/2006, de 10 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, recurso 204/2006). “No puede constituir este ilícito penal el mero hecho de la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, cuando las obligaciones del empleador no dependan de su propia voluntad, sino exclusivamente de los impedimentos legales, como es el supuesto del alta en la Seguridad Social” (Sentencia 109/2011, de 16 de mayo, de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 6º, recurso 97/2011).

- Abuso de situación de necesidad: este medio típico puede interpretarse de dos maneras distintas. Por un lado, en un sentido amplio, la situación de necesidad equivaldría a la necesidad genérica derivada de la desigualdad que normalmente existe entre un trabajador y un empleador en el mercado laboral.

Así, podemos encontrar que el abuso de situación de necesidad “entraña una actitud coactiva por parte del empresario, quien aprovechando en su propio beneficio dicha situación, impone condiciones ilegales en contra de la voluntad del trabajador. (...) En tal sentido, y en cuanto a la concurrencia de abuso de situación de necesidad, hay que recordar que la doctrina viene afirmándola como fruto inevitable de la estructura del mercado de trabajo, argumentando que es innecesario exigir un comportamiento malicioso porque el mercado de trabajo ya genera un desequilibrio objetivo entre asalariado y empleador, del que éste se prevale cuando desea imponer condiciones ilegales, porque nadie pacta por debajo de los mínimos irrenunciables si no se está constreñido a hacerlo” (Sentencia 164/2002, de 15 de febrero, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª).

Sin embargo, existe también una interpretación más restrictiva del concepto de abuso de necesidad, más acorde con el principio de

intervención mínima del derecho penal y con criterios de proporcionalidad. De acuerdo con esta interpretación, no sólo es necesario que haya una situación de necesidad derivada de la desigualdad genérica existente entre un trabajador y un empleador en el mercado laboral, sino que es necesario que exista una verdadera vulneración del trabajador del que el empresario se prevalga. Es necesario que se den determinadas circunstancias, tanto coyunturales (desempleo, crisis, falta de puestos en un determinado sector) como personales (dificultad de encontrar empleo a madres con niños pequeños o embarazadas, discapacitados, personas con poca formación académica o poca experiencia laboral) que favorezcan que un determinado sujeto no le quede más remedio que aceptar esas condiciones ilícitas que se le están imponiendo.

- Violencia o intimidación: “*cuando las conductas reseñadas en los apartados anteriores se lleven a cabo con violencia o intimidación*”, el apartado tercero del artículo 311 CP dispone que se castigarán esas conductas con las penas superiores en grado (prisión de 3 a 4 años y 6 meses y multa de 12 a 18 meses).

Esto no quiere decir que sea imprescindible que a la hora de imponer condiciones ilícitas sea necesario que concurren engaño o abuso de necesidad y además violencia o intimidación. Sino más bien es un “tipo autónomo cuya mayor gravedad descansa en la utilización de medios violentos o intimidatorios para imponer condiciones ilícitas lesivas de derechos laborales”.⁸

Así, en concordancia con lo anterior, parece que la conducta prevista en el apartado primero es el tipo básico, al que han añadido en el párrafo tercero la violencia o intimidación. Sin embargo, como comenta PÉREZ MANZANO “ello no es correcto, puesto que la violencia o intimidación son medios alternativos de imposición de las condiciones laborales

⁸ POMARES CINTAS, E. “delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Álvarez García, F.J. (Dir.), *Derecho penal español: parte especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 893.

lesivas al engaño y al abuso de la situación de necesidad”⁹. Por tanto, esta interpretación convierte esta conducta en un tipo autónomo y no puede ser considerado como tipo agravado de los anteriores.

4.2. ELEMENTO SUBJETIVO.

El delito que se recoge en el artículo 311.1 CP exige que el autor cometa la acción de manera dolosa.

El dolo supone conocer que se está realizando la acción típica y aún así querer realizarla. Por tanto, para que la acción, esto es, la imposición de condiciones ilícitas por parte del empleador, sea considerada como delito, es necesario que se den los dos elementos que conforman el dolo: elemento intelectual (conocer qué se está haciendo) y elemento volitivo (que exista un verdadero querer).

“El dolo exigido por el tipo no requiere ninguna intención o finalidad concreta, sino que basta el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, la existencia de una relación de empleo, (...) y que las condiciones de la relación no respetan sus derechos laborales” (Sentencia 1471/2005, de 12 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, recurso 1942/2004).

No se prevé la modalidad imprudente, por lo que el error de tipo impide la aplicación de este delito.

4.3. ITER CRIMINIS.

Este delito es un delito de resultado. Esto significa que el tipo requiere para su consumación la producción de un resultado. Por tanto, en este supuesto, es necesario que se compruebe que existe una relación de causalidad entre la acción llevada a cabo por el sujeto activo y el resultado producido.

⁹ PÉREZ MANZANO, M. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Revista La Ley*, Relaciones Laborales, Nº 3, Sección Doctrina, Quincena del 1 al 15 Feb. 1997, pág. 270, tomo 1, Editorial LA LEY.

Es decir, para que pueda comprobarse la existencia de este delito, es necesario que el empleador (sujeto activo) imponga una serie de condiciones ilícitas al trabajador (sujeto pasivo), y que esas condiciones ilícitas vulneren los derechos laborales y de Seguridad Social que le corresponden. Por tanto, la consumación de este delito se lleva a cabo cuando el trabajador comienza a prestar sus servicios al empleador, bajo esas condiciones ilícitas.

También se admite la tentativa. El artículo 16 CP establece que *“hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes con la voluntad del autor”*.

5. COEXISTENCIA DEL DERECHO PENAL LABORAL CON EL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO-LABORAL (PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM).

Como ya se mencionó anteriormente, es necesario establecer una línea delimitadora entre las conductas merecedoras de sanción penal y las sólo merecedoras de sanción administrativa, en cuya tarea han de servirse de pautas o criterios interpretativos el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario que ha de atribuirse al derecho penal laboral, derivado de la consideración de "ultima ratio" de la tutela jurídica que siempre corresponde al derecho penal.

Para resolver los conflictos existentes entre el derecho penal y el derecho laboral y derecho administrativo, se acude a la aplicación del principio non bis in ídem.

El Tribunal Constitucional estableció que "el principio general del derecho conocido por «non bis in ídem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración" (Sentencia 2/1981, de 30 de enero, del Tribunal Constitucional, Sala Primera, recurso 90/1980).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (cuyo ponente era Luí­s Díez-Picazo) también dispuso que "el principio non bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, recurso 368/1982).

No puede haber dos sanciones ni dos procedimientos sancionadores en los casos en los que se aprecie:

- Identidad de sujeto: Habrá identidad de sujeto cuando una misma persona vaya a ser sancionada por dos procedimientos sancionadores o esté siendo enjuiciado en los mismos, ya sean estos procedimientos, procedimientos penales o procedimientos administrativos por ser autora de hechos que constituyen una infracción penal y una infracción administrativa. (...)

- Identidad de hecho: Habrá identidad de hecho cuando un mismo hecho esté siendo o haya objeto de dos procedimientos sancionadores por constituir el hecho en cuestión una infracción penal y una infracción administrativa.

- Identidad de fundamento: Habrá identidad de fundamento cuando existan dos procedimientos sancionadores o dos sanciones por la misma razón.

- Inexistencia de una relación de sujeción especial del sujeto con la Administración Pública: Existe una relación de sujeción general cuando un sujeto no está unido por un vínculo a la Administración por el cual este tendría un poder de autoridad y control sobre aquel. En cambio, habrá una relación de sujeción especial cuando un sujeto esté vinculado a la Administración por un nexo por el cual este sería titular de un poder de autoridad sobre el sujeto en cuestión¹⁰.

Por tanto, cuando falte alguna de las identidades anteriores, como es lógico, sí será posible que se lleve a cabo dos procedimientos distintos, uno por la vía penal, y otra por la vía laboral-administrativa.

En esta línea, el artículo 3 apartado primero, del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante TRLISOS), recoge el principio non bis in ídem al establecer que *“no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento”*.

Por ejemplo, no se considera que se vulnere este principio el hecho de haber sido condenadas dos personas físicas en vía penal, mientras que la sanción administrativa del orden social ha sido impuesta a una persona jurídica (Sentencia 416/2011, de 24 de

¹⁰ FIERRO RODRÍGUEZ, D., “Los caracteres generales del principio non bis in ídem”, en *Noticias Jurídicas*, Artículos Doctrinales: Civil, diciembre 2013. Buscado el día 18 de marzo de 2014 en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201312-los-caracteres-generales-del-principio-non-bis-in-idem.html>

mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 273/2010)¹¹.

Continúa el apartado segundo del artículo 3 TRLISOS disponiendo que “*en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones*”.

Así la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 7/1991, de 11 de noviembre, sobre criterios de actuación en los supuestos de infracción contra el orden social estableció que “de conformidad con lo establecido en el art. 262 de la LECRIM y con lo prevenido en el art. 3.1 de la Ley 8/1988 de 7 de abril (actual artículo 3 TRLISOS) en los supuestos en que las infracciones constatadas pudieran ser constitutivos de delito, la Administración trasladará el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia, o previamente sea archivado por el Fiscal; y una vez recibido por la Fiscalía el expediente remitido por la autoridad laboral, en virtud de lo establecido en el art. 5 de su Estatuto Orgánico y 785 bis de la LECRIM., iniciará las correspondientes Diligencias de investigación, a cuyo fin, la autoridad laboral le prestará el auxilio necesario”.

La descoordinación del Ministerio Fiscal y la Administración puede provocar que se proceda a incoar a la vez el expediente administrativo sancionador y el proceso penal y “si aquél concluye con una sanción antes de que el proceso penal termine se ocasiona en virtud del principio non bis in ídem una caída de la preferencia de la jurisdicción penal”¹². Así, el Tribunal Constitucional estableció que, “el principio de non bis in ídem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de

¹¹Dicha sentencia establecía que “la responsabilidad penal por los hechos imputados a la persona jurídica recurrente se traslada a las personas físicas antes aludidas del gerente y encargado de obras de aquélla, de tal forma que el sujeto activo tanto del delito como de la infracción laboral es la empresa ahora sancionada en vía administrativa”.

¹² GARCÍA GARCÍA, M.A. “La protección penal de la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores”, en *Diario la Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-112, tomo 3, Editorial LA LEY.

sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del non bis in ídem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental” (Sentencia 179/1999, de 11 de octubre, del Tribunal Constitucional, Sala Primera, recurso 639/1996).

Finalmente, el apartado tercero del artículo 3 TRLISOS dispone que *“de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados”*.

En relación con este último apartado, el párrafo segundo del artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) dispone que *“los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien”*. Por tanto en caso de que unos determinados hechos, sean considerados como probados en una resolución firme en la vía penal, en la incoación del expediente administrativo sancionador, esos hechos probados deberán conformar su base.

Así, “de acuerdo con la referida regla de prioridad del procedimiento penal, el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración ha de esperar al resultado de la sentencia penal y, si es condenatorio con la concurrencia de triple identidad a que se ha hecho referencia (subjctiva, objetiva y de fundamento sancionador), la Administración resulta plenamente vinculada al pronunciamiento deviniendo improcedente la sanción administrativa como consecuencia material o positiva del principio de prohibición que incorpora el principio non bis in ídem” (Sentencia de 19 de

abril de 1999, del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, recurso 408500/1982).

Sin embargo, siguiendo el criterio establecido en el párrafo segundo del artículo 137 LRJAP-PAC (*los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien*) “en el supuesto de que, la sentencia penal sea absolutoria, no cabe sostener, como consecuencia del principio de que se trata (principio de non bis in ídem), la prohibición genérica de un pronunciamiento administrativo sancionador, porque lo que excluye es la doble sanción y no el doble pronunciamiento. Pero no cabe duda de que la relación que el principio supone entre las dos manifestaciones del ius puniendi estatal determina un condicionamiento por la vía de los hechos que se declaran probados en la sentencia penal. O, dicho en otros términos, la sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero sus declaraciones sobre los hechos probados inciden necesariamente sobre la resolución administrativa” (Sentencia de 19 de abril de 1999, del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, recurso 408500/1982).

Por tanto, “conforme a la jurisprudencia de esta Sala y a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio no bis in ídem establece el impedimento de dualidad de sanciones, penal y administrativa, respecto de unos mismos hechos; y, para el caso de la concurrencia de competencias de ambas clases de responsabilidades, la prioridad de la sentencia penal, que se produce también respecto del planteamiento fáctico o, más concretamente, acerca de la existencia de los hechos. No se da, en cambio, condicionamiento cuando existe diferencia en la conceptualización que la actuación del autor merece con arreglo a las normas penales y administrativas, de manera que no resulta imposible que unos mismos hechos no merezcan reproche estrictamente penal y sí en cambio que lo sea desde la perspectiva del ilícito administrativo, siempre que la tipificación en uno y otro ámbito resulten diferentes al contemplar la protección de diversos bienes jurídicos. Pero en el bien entendido de que, en cualquier caso, el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración ha de atenerse a lo que haya declarado la sentencia penal en la apreciación de los hechos (Sentencia 425/2005, de 22

de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º, recurso 700/2003).

Como conclusión de todo lo anterior, se pueden obtener los siguientes criterios:

- Si el tribunal competente para conocer del proceso penal declara inexistente los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna.
- Si el tribunal competente para conocer del proceso penal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo distinta de la penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo.
- Si el tribunal competente para conocer del proceso penal constata simplemente que los hechos no han sido probados, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente.

6. REFORMA DEL ARTÍCULO 311 CP: LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL.

6.1. INTRODUCCIÓN.

La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (en adelante LO 7/2012) tiene como finalidad “el reforzamiento de la transparencia de la actividad de la administración y del régimen de responsabilidad de partidos políticos y sindicatos, a los que se incluye dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas del que, hasta ahora, estaban excluidos; y, de otra, con la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica, especialmente severa en el ámbito europeo, y más en concreto en el caso español, así como con la necesidad de acompañar las mismas de las reformas necesarias en los sectores o actividades económicas afectadas; actividades económicas en las que, por otro lado, existe una mayor percepción del fraude y que son precisamente donde deben adoptarse las reformas penales concretas” (Párrafo segundo del preámbulo de la LO 7/2012).

Esta ley orgánica modifica algunos preceptos del Código Penal español, en concreto los delitos contra la Hacienda Pública, los artículos 305, 305 bis, 306, 310 CP y contra la Seguridad Social, los artículos 307 y 308 CP (ambos regulados en el Título XIV del Código Penal); se establece un nuevo tipo penal para sancionar las conductas de ocultación, simulación y falseamiento de las cuentas públicas; se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad; y también se lleva a cabo una modificación de los delitos contra los derechos de los trabajadores, se modifica el artículo 311 CP (regulados en el Título XV del Código Penal).

6.2. MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 7/2012 EN RELACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.

Antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2012, el párrafo primero del artículo 311 CP castigaba con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a los que, *“mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”*.

La Ley Orgánica 7/2012, aumenta las consecuencias de la comisión de este delito. Incrementa la pena de prisión, siendo ahora de seis meses a seis años, aunque la pena de multa continúa siendo de seis a doce meses.

Además, esta Ley Orgánica añade otro párrafo al artículo. Así, el párrafo segundo pasa a castigar con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses *“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, o 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”*.

Aunque esta conducta ya se condena por la vía administrativa en los artículos 21, 22 y 23 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la sanción penal se hace depender de un determinado número de trabajadores ocupados y afectados, en consonancia con la limitación del reproche punitivo a los comportamientos más graves.

La finalidad de la inclusión de este precepto es evitar que se contraten trabajadores sin que se cotice debidamente por ellos. “Los perjuicios ocasionados por estas conductas son evidentes. Por un lado, la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores por el periodo en el que prestan sus servicios de forma irregular. Por otro, los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial” (Preámbulo de la LO7/2012).

Esta reforma ha conseguido mejorar la aplicación del tipo del artículo 311 del Código Penal, delito que castiga con la imposición mediante engaño de condiciones laborales que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos los trabajadores, y especialmente, para sancionar la desleal competencia de los empresarios y autónomos que producen con unos costes laborales muy inferiores a los que soportan aquéllos que lo hacen cumpliendo con las obligaciones legales en la materia¹³.

Como ya se mencionó anteriormente, el legislador no pretende con esta reforma convertir en delito todo acto que pueda acarrear una sanción administrativa, pues iría en contra del principio de intervención mínima del derecho penal. Lo que se pretende no es convertir en delito una conducta que suponga un hecho aislado, como sería contratar puntualmente a un extranjero ilegal, sino convertir en delito “una mecánica generalizada y común de operar. Es por ello por lo que se establece un número mínimo de trabajadores que se encuentren contratados en tales circunstancias para que se pueda entender cometido este nuevo delito”¹⁴.

¹³ÁREA PENAL GÓMEZ-ACEBO & POMBO, “Nota sobre la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, buscado el día 24 de marzo de 2014. <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis/item/634-nota-sobre-la-reforma-del-c%C3%B3digo-penal-operada-por-la-ley-org%C3%A1nica-7-2012-de-27-de-diciembre>

¹⁴ ARMENTEROS LEÓN, M. “Respuesta penal a la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012”, en *Diario La Ley*, N° 8029, Sección Doctrina, 22 Feb. 2013, Año XXXIV, Ref. D-74, Editorial LA LEY.

7. CONCLUSIONES.

El delito contra los derechos de los trabajadores que regula el artículo 311.1 del Código Penal, tiene como finalidad proteger a los trabajadores en el ámbito laboral, público o privado, frente a los posibles abusos que puedan cometerse contra ellos, ya sea durante la prestación laboral, ya sea en el momento de acceder al puesto de trabajo.

Este delito cuenta con una base constitucional, ya que, entre otros, el artículo 35.1, de la Constitución Española dispone que todos los españoles tienen el derecho y el deber al trabajo, por lo que se hace necesario una proteger al trabajador de los posibles abusos que pueda sufrir.

El bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores. Esos derechos son aquellos reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos y contratos individuales.

Pero no toda vulneración de todo derecho o condición laboral debe ser considerada como ilícito penal, sino que existe cierta discrecionalidad por parte del empresario. Al empleador se le reconoce, en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, que podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideran modificaciones sustanciales aquellas que afectan a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial, al sistema de trabajo y rendimiento, y a determinadas funciones.

Por eso, no tienen relevancia penal aquellas modificaciones laborales que restringen derechos cuando están previstas en la legislación laboral, ya que éstas son adecuadas a derecho.

En relación con quien debe considerarse empleador o empresario (sujeto activo), deben ser considerados empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios.

El problema surge a la hora de determinar quién es el responsable en el caso en el que el empleador sea una persona jurídica. En los casos en los que el empleador sea una persona jurídica, o un ente sin personalidad jurídica, deberán responder por los delitos cometidos los administradores o encargados del servicio, por su responsabilidad de no haber tomado las medidas pertinentes para evitar la comisión del delito.

En cuanto a quién debe considerarse trabajador, trabajador es aquella persona que realiza a favor de otra persona y bajo su dirección, durante un cierto tiempo, determinadas prestaciones a cambio de una retribución. Sin embargo, no sólo se debe considerar trabajador a aquél sujeto a una relación laboral, sino también aquéllos que estén sujetos a una relación estatutaria o sean trabajadores autónomos.

En relación con la conducta típica, el artículo 311 CP prohíbe imponer condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos a los trabajadores en el ámbito laboral. Esta imposición sólo tiene relevancia penal cuando se realiza mediante engaño o abuso de situación de necesidad; o también, cuando se utiliza violencia o intimidación.

Es necesario que la acción de imponer a los trabajadores dichas condiciones laborales o de Seguridad Social se realice mediante engaño o mediante abuso de la situación de necesidad en la que se encuentra el trabajador, siendo la gravedad del engaño, o el abuso como medio para la imposición de condiciones laborales, determinantes para establecer la frontera entre el ilícito social y el ilícito penal, ya que el tipo del injusto exige que haya habido una infracción laboral, pero que ésta se haya cometido mediante engaño o abusando de una situación de necesidad.

Debido a que en el precepto no se especifica cuáles son las condiciones laborales o de Seguridad Social, habrá que acudir a la normativa laboral y de Seguridad Social para comprobar si las condiciones impuestas son lesivas para el trabajador, o si son lícitas y por tanto el trabajador ha de soportarlas ya que forman parte del poder discrecional del empresario. Es necesario concretar una línea delimitadora entre las conductas merecedoras de sanción penal y las sólo merecedoras de sanción administrativas. Aquí surge, por tanto, la problemática de la ley penal en blanco. La jurisprudencia establece que para solventar este problema hay que acudir al Estatuto de los Trabajadores, a la Ley General de la Seguridad Social, a la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, al Texto Refundido de la Ley sobre

Infracciones y Sanciones en el Orden Social y finalmente, al Estatuto Básico del Empleado Público.

Como ya se mencionó anteriormente, es necesario establecer una línea delimitadora entre las conductas merecedoras de sanción penal y las sólo merecedoras de sanción administrativa, en cuya tarea han de servirse de pautas o criterios interpretativos el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario que ha de atribuirse al derecho penal laboral, derivado de la consideración de "última ratio" de la tutela jurídica que siempre corresponde al derecho penal.

Para resolver los conflictos existentes entre el derecho penal y el derecho laboral y derecho administrativo, se acude a la aplicación del principio non bis in ídem. Como establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio general del derecho conocido por non bis in ídem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativo-laboral y penal) en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto hecho y fundamento.

Para eso, en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, debido a la regla de prioridad del procedimiento penal, la Administración tendrá que abstenerse de seguir el procedimiento sancionador, y esperar a que el juez de lo penal ponga fin al procedimiento mediante sentencia o resolución.

Por último, interesa destacar la reforma del artículo 311 del Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Esta Ley Orgánica tiene como finalidad, tal como se recoge en su preámbulo, el reforzamiento de la transparencia de la actividad de la administración y del régimen de responsabilidad de partidos políticos y sindicatos, a los que se incluye dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas del que, hasta ahora, estaban excluidos; y, de otra, con la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica, especialmente severa en el ámbito europeo, y más en concreto en el caso español, así como con la necesidad de acompañar las mismas de las reformas necesarias en los sectores o actividades económicas afectadas; actividades económicas en las que, por otro lado, existe una

mayor percepción del fraude y que son precisamente donde deben adoptarse las reformas penales concretas.

En cuanto al motivo de la modificación del artículo 311 CP, es evitar que se contraten trabajadores sin que se cotice debidamente por ellos. Los perjuicios ocasionados por estas conductas son la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores por el periodo en el que prestan sus servicios de forma irregular; y por otro lado, los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial.

8. BIBLIOGRAFÍA.

ÁREA PENAL GÓMEZ-ACEBO & POMBO, “Nota sobre la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, buscado el día 24 de marzo de 2014. <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis/item/634-nota-sobre-la-reforma-del-c%C3%B3digo-penal-operada-por-la-ley-org%C3%A1nica-7-2012-de-27-de-diciembre>

ARMENTEROS LEÓN, M. “Respuesta penal a la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012”, en *Diario La Ley*, Nº 8029, Sección Doctrina, 22 Feb. 2013, Año XXXIV, Ref. D-74, Editorial LA LEY.

FIERRO RODRÍGUEZ, D., “Los caracteres generales del principio non bis in ídem”, en *Noticias Jurídicas*, Artículos Doctrinales: Civil, diciembre 2013. Buscado el día 18 de marzo de 2014 en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201312-los-caracteres-generales-del-principio-non-bis-in-idem.html>

GARCÍA GARCÍA, M.A. “La protección penal de la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores”, en *Diario la Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-112, tomo 3, Editorial LA LEY.

GOMEZ LANZ, J. “La tipicidad”, A.A.V.V., *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, Cuaderno de apuntes de la facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas (Departamento de Derecho Público), Madrid, 2012, pp.40-105.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. “Vicisitudes objetivas y subjetivas”, en Moreno Manglano, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 527-601.

MOLERO MANGLANO, C. “Sujetos del contrato de trabajo”, en Moreno Manglano, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.171-213.

PÉREZ MANZANO, M. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Revista La Ley*, Relaciones Laborales, Nº 3, Sección Doctrina, Quincena del 1 al 15 Feb. 1997, pág. 270, tomo 1, Editorial LA LEY.

POMARES CINTAS, E. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Álvarez García, F.J. (Dir.), *Derecho penal español: parte especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 881-896.

RUBIO SÁNCHEZ, F. “Delito contra los derechos de los trabajadores”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. I parte Presentación*, Pamplona, 1999.

9. ANEXO I: LEGISLACIÓN.

Constitución Española de 1978.

Código Civil Español.

Código Penal Español de 1995.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes de Pensiones y Fondos de Pensiones.