



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Relaciones Laborales
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2015-16
Convocatoria: Julio

INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES EN MATERIA DE
SEGURIDAD SOCIAL CON RELEVANCIA PENAL
[COMPANIES BREACHES IN SOCIAL SECURITY WITH PENAL
RELEVANCY]

Realizado por el alumno D. Benjamín González Rivero

Tutorizado por los/as Profesores/as: Judit García Sanz y Ulises Hernández Plasencia

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

This project aims to analyze from a legal point of view the 311-article of the Spanish Penal Code. This precept is oriented to protect the rights of the workers, more so it is about avoiding the breaches of laboral nature and Social Security that can harm the people affected. The central pillar of this project centers in Social Security, analyzing the relevant aspects of the laboral relationships, such as registering on the system and obtaining benefits in case of being ill or having children. The 311-article study multiple situations like the abuse of a state of necessity, individual or in a group way, also when it affects to a collective of workers in not registering on the system by the business owner, as well as when there are business change of owner and special cases with violence. That's why it's relevant to study this subject, emphasizing in the lack of studies about it and also analyzing the legally-protected right, it's nature individual or collective and it's relation with the passive subject, the worker. Finally, it asks if the only active subject is the owner of the business or there are more.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Este Trabajo de Fin de Grado pretende analizar desde un punto de vista jurídico el artículo 311 del Código Penal español en un aspecto específico. 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 mismos. El pilar central del trabajo se centra en la materia de Seguridad Social, analizando aquellos aspectos relevantes para la relación laboral, tales como encuadramiento, afiliación y prestaciones. El mencionado precepto abarca diferentes aspectos, tales como el abuso de situación de necesidad, tanto individual como de forma colectiva, otros supuestos en los que se afecte a una pluralidad de trabajadores exclusivamente en el apartado de afiliación, también en aquellos supuestos de transmisión de empresas y casos especiales de violencia e intimidación. Por ello se estudia la relevancia de esta materia, destacando la leve existencia de jurisprudencia y estudios de la misma, también analizando el bien jurídico protegido, su naturaleza individual y colectiva, además de su relación con el sujeto pasivo, el trabajador. Se plantea finalmente si el único sujeto activo es el empresario o existe la posibilidad de otros sujetos.

Palabras clave: Seguridad Social, imposición, condiciones ilegales, sujeto activo

Índice

1. Introducción	4
2. Bien jurídico protegido	5
2.1. Delimitación.....	5
2.2. ¿Individual o colectivo?.....	9
2.3. Sujetos Pasivos.....	11
3. Imposición de condiciones ilegales en materia de S. Social	13
3.1. Caracterización general de las conductas delictivas.....	14
3.2. Los ilícitos en materia de Seguridad Social.....	17
3.2.1. Vulneración de obligaciones de encuadramiento.....	18
3.2.2. Impago de prestaciones en materia de incapacidad laboral o maternidad.....	21
3.2.3. Incumplimiento en materia de mejoras voluntarias de la acción protectora.....	22
3.3. Ocupación simultánea de trabajadores sin alta en la Seguridad Social.....	22
3.4. Mantenimiento de condiciones ilegales en materia de SS.....	24
3.5. Imposición violenta.....	25
4. Posibles autores: ¿sólo el empresario?	26
4.1. Empresario.....	28
4.2. Otros Sujetos.....	29
5. Conclusiones	29
6. Bibliografía	31

1. Introducción

Resulta importante comenzar destacando la dualidad de la materia de estudio, puesto que nos encontramos ante dos sectores del ordenamiento jurídico, por una parte el penal y por otra el laboral, que se ocupan de criminalizar o sancionar algunas conductas relativas a el incumplimiento de la normativa en materia de condiciones laborales y de Seguridad Social (en adelante SS) de los trabajadores. Concretamente, el art. 311.1º del Código Penal vigente castiga la imposición ilegal de condiciones laborales o de SS, siempre que se realice por engaño o abuso de situación de necesidad, suprimiendo los derechos reconocidos por las disposiciones legales.

Pues bien, mientras que existe un detallado estudio doctrinal y jurisprudencial de la conducta delictiva del mencionado precepto del CP referida a la imposición de condiciones ilegales laborales, por el contrario nos encontramos con que no ha sido especialmente tratado por parte de la doctrina española lo concerniente a la materia de la Seguridad Social. Sin embargo, el art. 311.2º CP específicamente castiga conductas de contratación de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la SS, extendiendo el castigo al supuesto de transmisión de empresas (art. 311.3º CP) y a la realización de las mismas con violencia o intimidación (art. 311.4º CP).

También es necesario destacar que dicho artículo nombra la materia de Seguridad Social, pero en su primer apartado no se especifica en ningún momento qué conlleva el incumplimiento en dicha materia, lo que obliga a acudir necesariamente la normativa laboral para completar el tipo penal. Y lo mismo ocurre con el segundo apartado del art. 311 CP, que hace hincapié en aquellos supuestos donde se produce un incumplimiento de la obligación de comunicar el alta a los trabajadores en la Seguridad Social, siendo pertinente analizar los casos y procedimientos relativos a esa materia.

En una primera aproximación se constata ya que las condiciones de Seguridad Social, a las que se refiere el art. 311.1º CP, abarcan supuestos más amplios que la falta de alta en la Seguridad Social, por lo que se hace necesario estudiar con precisión el contenido de tales condiciones. Por ello, el presente trabajo va a centrarse en delimitar las conductas relativas a la imposición ilegal de condiciones de Seguridad Social perjudiciales para los trabajadores, teniendo en cuenta que la falta de comunicación de alta en la Seguridad Social debe afectar a una pluralidad de trabajadores (art. 311.2º), mientras que la imposición ilegal de condiciones de SS puede realizarse a

trabajadores individuales (art. 311.1º), incluyendo también la conducta de no dar de alta.

En definitiva, el objetivo principal de este trabajo residirá en estudiar y exponer cuáles son los límites típicos de las conductas referidas en el art. 311 CP a la SS, examinado en primer lugar, en sus aspectos básicos, cuál es el bien jurídico protegido, continuando con la averiguación de cuáles son las condiciones de SS que impuestas ilegalmente pueden integrar los comportamientos previstos en aquel precepto, deteniéndonos también en las particularidades que puedan presentarse respecto de los sujetos activos del delito.

2. Bien jurídico protegido

Dos son las cuestiones que desarrollaremos brevemente en este apartado: en primer lugar cuál sea el interés jurídicamente protegido en estos delitos contra los trabajadores, especialmente en materia de Seguridad Social; y, en segundo lugar, la naturaleza individual o colectiva del bien jurídico.

2.1. Delimitación

Como consideración general, resulta necesario partir de la base sobre la que se fundamenta la materia de la cual vamos a hablar a lo largo del presente trabajo, por tanto entendemos que el Título XV del Código Penal es el que engloba a todas aquellas figuras delictivas que lesionan o ponen en peligro los derechos de los trabajadores en un sentido amplio. El Derecho penal laboral sanciona fundamentalmente situaciones de explotación que integran ilícitos laborales criminalizados.

En general, el art. 311 del CP se ha asociado tradicionalmente con la protección penal de los trabajadores frente a situaciones de explotación laboral en sentido estricto, tal como señala la STS 995/2000, de 30 de junio, “*la explotación económica a través de medios ilícitos para obtener provecho económico mediante el atropello de sus derechos socio-laborales*”. Y ello teniendo en cuenta que el CP protege toda relación de prestación de servicios, abstracción hecha aunque el contrato de trabajo sea válido o nulo y el trabajador esté en situación legal o no¹.

¹ STS 438/2004, de 29 de marzo de 2004.

Para comprender el bien jurídico que se protege en el actual artículo 311 CP, y todos los demás que le acompañan en el título XV, es necesario estudiar cuáles fueron las legislaciones predecesoras del mismo y qué concepto de bien jurídico contemplaban. En principio², el bien jurídico podría considerarse como algunos autores denominaron a tenor de la legislación del artículo 499 bis del CP-73 que se expondrá más adelante, los derechos laborales y de Seguridad Social. No obstante, este trabajo se centrará, como se comentó anteriormente, en el artículo 311 del CP, que es aquel donde se encuentra regulados diferentes aspectos relacionados con la relación laboral existente entre empresario y trabajador, concretamente la parte de Seguridad Social relevante para este estudio.

Con anterioridad a 1971, se habían creado algunas normas penales formalmente dirigidas a la defensa de los trabajadores pero, en la práctica, no resultaron absolutamente de cualquier operatividad o eficacia³. Por tanto, en vez de pesar el reconocimiento de los derechos de los trabajadores como la voluntad de supervivencia del régimen dictatorial, estaba más en segundo plano, lo que primaba era la concepción paternalista de las relaciones sociales. La creación del art. 499 bis del CP-73 obedece, más que a una voluntad del Estado para mejorar las relaciones laborales, era un movimiento de defensa demagógica de éste⁴.

Para nuestro tema, lo más relevante resultó ser que el anteproyecto redactado por el Ministro de Trabajo era más amplio que el precepto final, muchas materias protegidas por el precepto desaparecen en el proyecto enviado a las Cortes, cabe destacar que se eliminó el delito de incumplimiento de disposiciones en materia de Seguridad Social⁵.

En el CP del 73⁶ se incorporó del art. 499 bis. En un principio fue acogido positivamente por parte de los colectivos progresistas, conjuntamente con cierto sector de la doctrina penal, celebrando la creación del mismo⁷, Se consideró un avance en el reconocimiento de los derechos de los

² La STS de 4 de mayo de 1977 ya establecía como interés a proteger “la seguridad jurídica y física del trabajador por cuenta ajena”.

³ ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo, Un estudio del artículo 311 del Código Penal, 2000, pág. 28 y ss.

⁴ ARROYO ZAPATERO, La protección Penal en la seguridad en el trabajo, 1981, pág. 29.

⁵ Diario de Sesiones de las Comisiones, núm. 243, pág. 29 y ss. y 244 pág. 8 y ss., Diario de Sesiones del Pleno, nº 9, pág. 17 y ss.

⁶ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

⁷ SÁINZ CANTERO, Delitos laborales, cinco años después, 1976, pág. 350.

trabajadores. Resulta necesario destacar que hasta ese momento la ley penal había sido, fundamentalmente un instrumento de represión contra el movimiento obrero. Es relevante comprender que los códigos liberales hasta ese momento pensaban en el trabajador como único sujeto activo de ciertos delitos⁸.

A pesar de que el 499 bis era el único artículo incluido en el Capítulo VIII del Título XII (Delitos contra la libertad y seguridad) del Libro II CP-73, denominado “*De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo*”, son muy pocos los autores que aceptan que este nombre hiciera referencia al objeto protegido por el precepto.⁹

Por otra parte, es necesario comprender que la doctrina planteaba varios tipos delictivos diferentes, aunque éstos podrían ser reconducidos a un único interés como objeto de tutela. ORTUBAY FUENTES plantea que existían tres enfoques que aunque diferenciados, tenían aspectos coincidentes¹⁰. Por tanto se diferenciaba entre:

- a) *Intereses del colectivo de trabajadores*
- b) *Intereses del Estado en relación al mercado laboral*
- c) *Los derechos Laborales*

El sector doctrinal más numeroso es el que se encuentra en la categoría de derechos laborales, el objeto común de protección al que se dirigen los distintos tipos del art. 499 bis CP-73, sin embargo, las posturas divergen en torno a cuestiones como el carácter macro social o no del bien jurídico.

Se acepta que el precepto mencionado trata de prevenir los ataques contra la libertad para contratar y la seguridad en las condiciones de trabajo, pero otorgan a tal interés un sentido esencialmente patrimonial¹¹. Entienden que la conducta lesiva del sujeto activo reside, directa o indirectamente, en un perjuicio económico para el trabajador, los derechos laborales tienen ante

⁸ ARROYO ZAPATERO, La protección Penal en la seguridad en el trabajo, pág. 14., op cit 6., BAYÓN CHACÓN. / PÉREZ BOTIJA, Derecho del trabajo, 1973, págs. 218 y ss.

⁹ ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo, Un estudio del artículo 311 del Código Penal, págs. 29 y ss., op cit 6.

¹⁰ ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo, Un estudio del artículo 311 del Código Penal, pág. 32, op cit 6.

¹¹ ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo, Un estudio del artículo 311 del Código Penal, pág. 32 y ss., op cit 6.

todo contenido económico¹². Para SÁINZ CANTERO, el papel del 499 bis CP-73 gira en torno a la libertad del trabajador, ya que, no es el objeto directamente tutelado pero su lesión viene exigida por el tipo para que la conducta del empleador alcance relevancia penal¹³.

Para la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido se concreta en los derechos que derivan de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral¹⁴. Para el Tribunal Supremo el bien jurídico protegido en el artículo 311 CP está constituido por “Un conjunto de intereses concretos y generales que protegen las conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores” (STS 438/04, de 29 de marzo de 2004). Sin embargo no debe entenderse que el sujeto activo exclusivamente realiza estos comportamientos con una finalidad productivista, (obtener beneficio económico del acto), ya que dejaría al margen de la protección de la ley a otros supuestos de imposición de condiciones ilícitas que pretenden castigar o reprender al trabajador en forma de represalias¹⁵, se entiende por ejemplo en aquellos casos de denuncias por parte del trabajador hacia el empresario.

Por tanto, cuando hablamos de materia de Seguridad Social hay que añadir, las prestaciones que el trabajador devenga durante la relación laboral, por tanto es necesario nombrar también aquellas más relevantes: Desempleo (Art. 41 CE) y las pensiones (Art 50 CE). No obstante hay multiplicidad de casos, ya sea la asistencia sanitaria, recuperación profesional, prestaciones económicas en situaciones de incapacidad laboral transitoria, invalidez, los servicios sociales, asistencia social, etc. Resulta necesario añadir que en este aspecto no sólo es posible hablar de las prestaciones que tiene derecho el trabajador, sino también de aspectos tan generales como son los movimientos de afiliación (altas, bajas y variación de datos) y además aquellos otros como son la cotización (bases, tipos, cuotas y demás recursos).

¹² GÓMEZ DE ARANDA, Delito social, 1972, págs. 22 y ss.

¹³ SÁINZ CANTERO, En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, 1972, págs. 15 y ss.

¹⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, Los delitos contra los derechos de los trabajadores, 2008, pág. 830.

¹⁵ POMARES CINTAS / ÁLVAREZ GARCÍA, El Derecho Penal ante la explotación y otras formas de violencia en el trabajo, 2013, págs. 51 y ss.

2.2. ¿Individual o colectivo?

La otra cuestión a desarrollar en este apartado va referida a la naturaleza individual o colectiva del bien jurídico, pues si bien, en principio las conductas típicas parecen vincularse con intereses pertenecientes al colectivo de los trabajadores, sin embargo la aparición del delito no exige sino la lesión de derechos de uno o varios trabajadores.

Para especificar si nos encontramos ante un bien que corresponde a un sujeto o a una pluralidad, es necesario acudir en principio a un criterio formal: la titularidad del objeto material, analizando si corresponde a una o varias personas¹⁶.

Continuando la línea del art. 499 bis sobre este aspecto, cabe destacar que la doctrina tenía 2 posiciones que se mantienen en la actualidad cuando hablamos del bien jurídico protegido. En primer lugar estarían los autores que consideran que el bien jurídico protegido es exclusivamente individual, a modo de comparación presentaré como ejemplo algunas opiniones respecto al artículo 499 bis y las actuales (art. 311 CP) sobre dicha postura.

Los autores JOVE JANE y MORALES PRATS¹⁷ y MORILLAS CUEVA¹⁸, (art. 499 bis), parten de la relevancia constitucional del derecho al trabajo en condiciones dignas, los primeros entienden que éste es el bien jurídico protegido mientras que el último considera que éste es común a todos los delitos laborales que se concreta en la categoría “derechos de los trabajadores”, ya que cada uno de los tipos puede tutelar aspectos específicos de esa entidad (derechos de los trabajadores), sin embargo se puede apreciar que este pensamiento se acerca a aquellas posturas que consideran la pluralidad del bien jurídico.

Por otra parte, en años recientes (art. 311 CP), las posturas parecen ser similares a éstas. ORTUBAY FUENTES¹⁹, indica que aunque las condiciones de trabajo vigentes en una empresa o un centro de trabajo afecten a varios trabajadores, tales circunstancias no modifican su auténtico carácter (individual), las obligaciones y derechos que surgen del contrato

¹⁶ ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo, Un estudio del artículo 311 del Código Penal, págs. 52 y ss., op cit 6.

¹⁷ JOVE JANE. / MORALES PRATS., La protección penal del trabajo ante el debate legislativo, Revista Técnico Laboral, nº 6, 1980, págs. 21 y ss.

¹⁸ MORILLAS CUEVA, Los delitos laborales, 1983, pág. 834.

¹⁹ ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal, págs. 59 y ss., op cit 6.

laboral vinculan exclusivamente a la persona, ya sea el empleador o el trabajador. Cada trabajador individual es titular del bien jurídico-penal que surge de la concordancia entre las condiciones laborales y legales, es el trabajador que en el ejercicio de sus derechos resulta afectado cada vez que se lesiona o pone en peligro el mismo bien.

En segundo lugar estaría la postura contraria, la concepción de que el bien jurídico tiene una naturaleza colectiva que afecta a todos los trabajadores por igual. Para comprender esta perspectiva resulta necesario conocer a qué nos referimos cuando hablamos de este concepto, en referente a esta materia estaría BUSTOS RAMIREZ²⁰, postulando que los bienes jurídicos macro sociales afectarán siempre a un grupo o colectivo de individuos.

Siguiendo el patrón hasta ahora, comparando las posturas previas y actuales, citaré algunos autores en relación con el art. 499 bis del CP-73 en referencia a este aspecto. Por una parte CAÑAMERO MOYA²¹, reflexiona sobre el objeto jurídico manifestando que el único punto de unión entre la doctrina y la jurisprudencia es el acuerdo acerca de que el art. 499 bis protege los derechos reconocidos por las normas laborales a todos los trabajadores. En una línea similar BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO²² afirman expresamente el carácter colectivo del bien jurídico, ya que entienden que el Derecho penal del trabajo engloba a los delitos que afectan a un bien jurídico claramente de dimensión colectiva, aludiendo directamente al art. 499 bis opinando que *“ese carácter colectivo e institucional del bien jurídico tutelado parece evidente”*.

Desde una perspectiva más reciente, analizando el contenido del art. 311 del CP, HASSEMER y MUÑOZ CONDE²³, afirman que la imposición de condiciones laborales que perjudican sus derechos puede apreciarse en una “esfera social”, ya que la conducta que afecta a los trabajadores va más allá de la vulneración al mismo, las consecuencias alcanzan al colectivo social.

²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Bienes jurídicos colectivos, 2004, págs. 182 y ss.

²¹ CAÑAMERO MOYA, De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, 1990, págs. 63 y ss.

²² BAYLOS GRAU. / TERRADILLOS BASOCO., Derecho Penal del Trabajo, 1997, pág. 66 y ss.

²³ HASSEMER. / MUÑOZ CONDE. Introducción a la criminología y a la política criminal. 2012, págs. 57 y ss.

Para concluir este capítulo, es necesario destacar que con la reforma del año 2012²⁴ del Código Penal, se añadió un segundo apartado al articulado hasta ese momento existente, aludiendo a aquellos empresarios que afectaran a una pluralidad de trabajadores a sus condiciones de Seguridad Social.

2.3. Sujetos pasivos

El sujeto pasivo será aquella persona que cumple los requisitos establecidos por la normativa laboral, para ser considerado como trabajador²⁵, ya que *“el art. 311.1 CP requiere a un trabajador o productor como sujeto pasivo”*²⁶. Se entiende como tal, a la persona que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica²⁷.

Sin embargo, tampoco debería mediar necesariamente entre el sujeto activo y pasivo una “relación laboral” en sentido estricto, según la legislación laboral, el sujeto pasivo no sólo es un trabajador por cuenta ajena definido en el 1.1 LET, *“aquél que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena”*, sino también debe gozar de la protección del art. 311 CP aquellas personas *“que prestan servicios vinculados por una relación de carácter especial de naturaleza administrativa o estatutaria”*²⁸, por tanto los empleados públicos también son considerados sujetos pasivos.

Trabajador²⁹, *“Son trabajadores las personas que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos, por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada*

²⁴Ley 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.

²⁵ DE VICENTE MARTINEZ, Los Delitos contra los derechos de los trabajadores,, pág. 831, op cit 8.

²⁶ STS 46/1998 de 2 de marzo de 1998.

²⁷DE VICENTE MARTINEZ, Los Delitos contra los derechos de los trabajadores, pág. 831, op cit 8.

²⁸ NARVAEZ BERMEJO, Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social, 1997, pág. 24. / NAVARRO CARDOSO, Los delitos contra los derechos de los trabajadores, 1998, pág. 329. / SUANZES PÉREZ, Delitos contra los derechos de los trabajadores, 1996, pág. 136. Admiten esta posibilidad, STS 2140/1994, de 12 de diciembre, SAP Madrid, 431/2008, de 1 de julio, AAP Barcelona 599/2004, de 11 de noviembre, entre otras sentencias.

²⁹ Art 1.1 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.

empleador o empresario”. El artículo 1.2 de la LOLS³⁰ determina que se consideran trabajadores aquellos que sean sujetos de una relación laboral y también aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas.

Siguiendo la interpretación del precepto, la expresión “a su servicio”, en sentido material, serán trabajadores aquellos que realizan una actividad lucrativa o remunerada (o que debiera serlo), al servicio de otra persona (empleador) o bajo la dirección del encargado del servicio, incluyendo los que van a incorporarse a un puesto de trabajo y que son sometidos a condiciones ilícitas en el momento de la contratación³¹.

En este mismo sentido, aclara el TS que el inmigrante ilegal³² y la prostituta³³ también deben ser considerados sujetos pasivos. 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 (ICGPJ) 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 se entiende que ocultan formas de dependencia efectiva muy parecidas a lo que puede considerarse una 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 último, dado que el art. 312.2, un fine CP persigue específicamente las situaciones de explotación de los trabajadores inmigrantes ilegales, los sujetos pasivos del delito del 311 serán exclusivamente: Los trabajadores españoles, los nacionales de los Estados miembros de la UE y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, y los extranjeros inmigrantes con autorización administrativa para trabajar.

³⁰ La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

³¹ NAVARRO CARDOSO, Los delitos contra los derechos de los trabajadores, pág. 55, op cit 11.

³² STS 438/2004 de 29 de marzo de 2004.

³³ STS 651/2006, de 5 de junio de 2006.

3. Imposición de condiciones ilegales en materia de Seguridad Social

El art. 311 CP no limita la intervención penal a la vulneración de las condiciones mínimas y esenciales de la relación laboral, además de los derechos reconocidos por disposiciones legales, engloba los derechos pactados en convenios colectivos e incluso los plasmados en contratos individuales³⁴, también integra el núcleo esencial de la tutela penal del trabajador, en la medida en que pretende proteger directamente el normal desarrollo de la prestación de la actividad laboral por cuenta ajena, mediante la sanción de las conductas de imposición y mantenimiento de condiciones de trabajo ilegales.

Sin embargo, es ese también el propósito del derecho sancionador laboral, que contempla un amplio catálogo de infracciones dirigidas a esa finalidad que podemos encontrar en la legislación laboral (En el Estatuto de los Trabajadores, Ley General de Seguridad Social, etc...), el principio de intervención mínima del Derecho penal, su carácter subsidiario y fragmentado, exige atender a los comportamientos más graves, no se trata simplemente de elevar la categoría de delito ilícitos laborales. La relevancia penal de esas infracciones estriba en las vías de imposición de condiciones ilícitas (engaño, abuso de situación de necesidad o violencia e intimidación), pues su realización implica que se realiza un grado superior al de la conducta de los tipos administrativos³⁵.

Pero, para afirmar la existencia del delito, no basta con que el empresario u otros sujetos activos del delito, impongan condiciones desfavorables para el trabajador, sino que se precisa que tal imposición se realice mediante unos determinados medios comisivos legalmente tasados, en concreto (engaño, abuso de necesidad y violencia e intimidación), por tanto es un delito de medios determinados³⁶.

Como el propio legislador ha señalado en la LO 7/2012: “*La actual configuración del delito contra los derechos de los trabajadores contenido*

³⁴ GÓMEZ RIVERO. / CORTÉS BIECHIARELLI. / NIETO MARTÍN. / NÚÑEZ CASTAÑO. / PÉREZ CEPEDA., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal Parte Especial*. 2010. pág. 284.

³⁵ POMARES CINTAS. / ALVAREZ GARCIA. *El Derecho Penal ante la explotación y otras formas de violencia en el trabajo*, págs. 51 y ss., op cit 8.

³⁶ DE VICENTE MARTINEZ, *Los Delitos contra los derechos de los trabajadores*, págs. 830 y ss., op cit 8.

en el artículo 311 del Código Penal, en atención a los elementos subjetivos requeridos para la concurrencia del ilícito —en referencia a los medios comisivos contenidos en el tipo objetivo—, dificulta la aplicación del tipo penal a la hora de exigir responsabilidades”.

3.1 Caracterización general de las conductas delictivas

Según el tenor literal del precepto, “el objeto material del delito viene representado por las condiciones laborales o de Seguridad social que se proyectan sobre los derechos que los trabajadores tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Por condiciones laborales ha de entenderse todas las que constituyen el contenido de la relación de trabajo, mientras que las condiciones de Seguridad Social son, también, todas las referidas a la relación jurídica con la Seguridad Social, incluido el derecho al disfrute de prestaciones una vez extinguida aquélla³⁷.

La acción consiste en “imponer”, es decir, obligar a los trabajadores a aceptar determinadas condiciones, dicha imposición se puede llevar a cabo a través del engaño o mediante el abuso de situación de necesidad del trabajador, como indica el apartado primero del art.311 CP, si además se realiza el uso de violencia o intimidación entonces se impondrían penas superiores en grado (último apartado, art. 311.4 CP); Lo importante es que “constriña” o se “suprima” la libertad del trabajador a la hora de la contratación³⁸ según explica MUÑOZ CONDE.

Hay otro valor esencial del art.311 CP, ya que en la medida en que resulta relevante de forma penal de estos comportamientos requiere obligar a soportar al trabajador un “atropello de sus derechos laborales” (irrenunciables³⁹ o no) a través de, como ya se ha explicado anteriormente, engaño o situación de necesidad, violencia o intimidación⁴⁰. Estos

³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Los Delitos contra los derechos de los trabajadores, págs. 831 y ss., op cit 8.

³⁸ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 2015, pág. 334.

³⁹ Hay que tener en cuenta que existen derechos renunciables y otros que no lo son, son derechos irrenunciables aquellos que versan sobre Seguridad Social, las restricciones con respecto al derecho de huelga o los derechos reconocidos por sentencia favorable. SERRANO GÓMEZ. / SERRANO MAÍLLO. / SERRANO TÁRRAGA. / VÁZQUEZ GONZÁLEZ., Curso de Derecho Penal Parte Especial, 2012, pág. 427.

⁴⁰ ROSO CAÑADILLAS, El contrato de trabajo como fuente de derechos en la nueva redacción del artículo 311, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 15, 2005, págs. 162 y ss.

procedimientos típicos, no sólo sirven para indicar el límite con el derecho sancionador laboral-administrativo, sino que también forman parte del núcleo del precepto; La capacidad o libertad de decisión del trabajador, ya sea cuando se contrata, ingresa o desarrolla su trabajo, se ve gravemente afectada por los medios típicos comisivos⁴¹.

El resultado de este delito es la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social perjudiciales e ilegales, por restringir o suprimir derechos. En cuanto a qué debemos entender por condiciones laborales y de Seguridad Social, aunque anteriormente ya se ha comentado en qué consisten, ahora podemos centrarnos en la materia legislativa en concreto, se trata de una “norma penal en blanco”, es decir, que el Código Penal nos remite a la legislación específica laboral y de Seguridad Social para la determinación de cuáles son esas condiciones conforme a esa regulación especial⁴².

Se entiende que este delito de “resultado cortado”, es instantáneo y de efectos permanentes porque se consuma en el momento que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos a los trabajadores, sin embargo, continúa en el tiempo mientras tales condiciones subsisten en la vida de la relación laboral⁴³, como aclaración por tanto, no resultaría relevante si el delito comenzó a ser realizado hace gran cantidad de años, sino que siga realizando en la actualidad.

El primer medio tasado es el engaño, es decir, “*recurrir a cualquier ardid o maquinación fraudulenta destinada a inducir al trabajador a un error acerca de las condiciones o derechos de Seguridad Social*” (en nuestro caso) que el Ordenamiento jurídico le reconoce⁴⁴. La STS 1445/1996 de 7 de marzo de 1996, ha admitido el engaño “implícito” cuando se “*oculta la intención de no actuar como la relación laboral exige o en el uso ficticio de sociedades y personas como empleadoras*”, supuesto que contempla en la SAP de Barcelona 5721/2001 de 25 de mayo de 2001, “*la desaparición de*

⁴¹ POMARES CINTAS. / ALVAREZ GARCIA., El Derecho Penal ante la explotación y otras formas de violencia en el trabajo, págs. 51 y ss., op cit 8.

⁴² Aquí se hace referencia al RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

⁴³ GÓMEZ RIVERO. / CORTÉS BECHIARELLI. / NIETO MARTÍN. / NÚÑEZ CASTAÑO. / PÉREZ CEPEDA., Nociones Fundamentales de Derecho Penal Parte Especial, pág. 286, op cit 13.

⁴⁴ DE VICENTE MARTINEZ, Los Delitos contra los derechos de los trabajadores, págs. 831 y ss., op cit 8.

facto de la actividad de la empresa creando otra a espaldas de los trabajadores”.

De otro lado estaría el abuso de situación de necesidad, éste ha sido interpretado en dos sentidos diferentes: Amplio o genérico⁴⁵ y estricto o específico.

El primero, consiste en entender que la situación de necesidad existe en principio en toda relación laboral, *“Como consecuencia normal de la estructura desigual del mercado de trabajo, en la que el trabajador demanda del empleador un bien escaso imprescindible para el sustento, de lo cual se prevale este último para imponer sus condiciones”*⁴⁶. (STS 8027/2005 de 29 de diciembre de 2005).

El sentido específico o estricto⁴⁷, conlleva el requisito que el empresario se aproveche de una concreta situación de precariedad en la que se puedan encontrar unos trabajadores determinados, que puede derivar tanto de la situación personal en que se hallen, como del sector laboral en que se encuadren y que, por ende, es diferente de la objetiva y teórica situación de necesidad en que se encuentra toda persona que demanda un empleo⁴⁸.

En ambos casos se pretende burlar la protección en materia de condiciones de trabajo y Seguridad Social, entre otros aspectos *“Percibir una parte del salario en negro, permaneciendo esta remuneración opaca a efectos fiscales y de Seguridad Social, ello comporta perjuicios para el empleado en la medida que sus bases de cotización son inferiores a las reales”* (SAP Barcelona 9088/2000, de 7 de julio de 2000).

Es importante recordar que las prestaciones reconocidas por la Seguridad Social a los trabajadores están en función de las cotizaciones y de su

⁴⁵ Ciertos autores estarían de acuerdo con esta teoría, tales como LASCURAÍN SANCHEZ, La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, 1994, pág. 112. / BAYLOS GRAU. / TERRADILLOS BASOCO, Derecho Penal del Trabajo, pág. 71, op cit 10. / JORDANA DE POZAS, Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia, págs. 1543 y ss.

⁴⁶ MARTINEZ BUJÁN. Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial, 2015, págs. 778 y ss.

⁴⁷ En este sector estarían, entre otros, los autores: VILLACAMPA ESTIARTE, Comentarios a la parte especial del derecho penal, pág. 1138 y ss. / ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo, Un estudio del artículo 311 del Código Penal, págs. 60 y ss., op cit 7. / DE VICENTE MARTINEZ, Los Delitos contra los derechos de los trabajadores, pág. 830, op cit 8.

⁴⁸ MARTINEZ BUJÁN, Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial, págs. 778 y ss., op cit 16.

verificación, por tanto, no realizar las operaciones exigidas por la ley puede constituir un delito, si se dan las demás características del tipo, en este caso el abuso de necesidad o no dar de alta en la Seguridad Social al trabajador y, por tanto, no proceder al ingreso de las cuota patronales y conceptos de recaudación conjunta (arts. 22.2 y 5 RDL 5/2000)⁴⁹.

3.2. Los ilícitos en materia de Seguridad Social

La expresión “condiciones de Seguridad Social” debe ser interpretada, en principio, como “*todas aquellas que pertenezcan al conjunto integrado de medidas de ordenación estatal para la prevención de los riesgos personales mediante las prestaciones económicamente evaluables*”⁵⁰.

No obstante, uno de los caracteres que definen el sistema de Seguridad social es su obligatoriedad (carácter mínimo y obligatorio, según se desprende de los arts. 12 y 38 LGSS) “el campo normal de aplicación del precepto penal será el de la transgresión de las obligaciones de encuadramiento —afiliación, altas y bajas—, de las relativas al pago directo de prestaciones en materia de incapacidad temporal (art. 193 LGSS) o maternidad, y de las obligaciones del empresario dimanantes de convenio colectivo en lo que se refiere a mejoras voluntarias de la acción protectora (art. 238 y ss. LGSS)”⁵¹.

3.2.1. Vulneración de obligaciones de encuadramiento

La definición de los actos de encuadramiento se encuentra en el art. 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación [...], éste los define como “*actos administrativos declarativos a través de los cuales no se constituye, mantiene o extingue la relación de Seguridad Social sino que solo se formaliza, y por ello se llaman actos instrumentales*”, el encuadramiento es un acto administrativo, resulta necesario tramitarlo con la Tesorería General de la Seguridad Social, esto va a permitir que el trabajador quede incluido en el Sistema de la Seguridad Social⁵²; Pero se

⁴⁹ QUERALT JIMENEZ, Manuales de Derecho Penal. 2015. pág. 868.

⁵⁰ FERNANDEZ DOMINGEZ, De los delitos contra los trabajadores, en La Ley, nº 4031, 1996, págs. 45 y ss.

⁵¹ MARTINEZ BUJÁN, Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial, pág. 781, op cit 16.

⁵² Art. 7. Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por R.D. 84/1996.

encontrará limitado en uno u otro régimen en función de la naturaleza de la actividad que desarrolla la persona.

En nuestro sistema, el factor diferencial para la inclusión en uno u otro régimen de la Seguridad Social es, básicamente, *“la actividad desarrollada por la empresa a la que pertenecen los trabajadores, y no precisamente la que lleven éstos a cabo”*⁵³. Bajo la rúbrica del encuadramiento, el R.D. 84/1996, de 26 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, se trata todas las cuestiones relacionadas con el encuadramiento y, además, de todo lo atinente a la apertura de cuentas de cotización en su modalidad contributiva.

Su campo de aplicación⁵⁴ abarca a todo el territorio nacional y a todo el Sistema de la SS, la única excepción son los regímenes especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, Fuerzas Armadas y Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

La inscripción del empresario en el régimen que corresponda de la Seguridad Social es el principal requisito para el inicio de las actividades empresariales, pero esto no supone, que *“todo lo actuado por el empresario no inscrito en el sistema vaya a resultar nulo o anulable y, por tanto, por esa única causa no se van a anular los contratos de trabajo que haya celebrado”*⁵⁵; las consecuencias de tal omisión están previstas en la ley⁵⁶, en forma de responsabilidad directa de las prestaciones y de sanciones administrativas, pero en ningún caso puede afectar a la validez del vínculo jurídico del empresario con los trabajadores a quienes de empleo.

⁵³ Art. 99 LGSS. Establece como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades la solicitud de la empresa de su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social, haciendo constar la Entidad Gestora o, en su caso, la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que haya de asumir la obligación de proteger estas contingencias del personal a su servicio, debiendo comunicar asimismo las variaciones que se produzcan en los datos facilitados al solicitar su inscripción y, en especial, la referente al cambio de la entidad que debe asumir la protección por dichas contingencias profesionales.

⁵⁴ Art. 7 LGSS. En referencia a la extensión del campo de aplicación de la Seguridad Social y Art. 136 LGSS. Que habla del campo de aplicación específicamente.

⁵⁵ IGLESIAS CABERO. Algunas variantes del Encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social, 2002, págs. 21 y ss.

⁵⁶ Art 135.1 LGSS. En materia de infracciones y sanciones, se estará a lo dispuesto en la presente ley y en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Por tanto, uno de los incumplimientos por parte del empresario sería el encuadramiento de trabajadores en regímenes diferentes de los que deberían tener legalmente, ya que la LGSS prohíbe a las personas comprendidas en el campo de aplicación del Sistema de la SS la inclusión, por el mismo trabajo, con carácter obligatorio, en otros regímenes de previsión distintos de los que integran dicho sistema⁵⁷. Por tanto, quienes desempeñen un único trabajo deben estar obligatoriamente encuadrados en un solo régimen, sin embargo el encuadramiento no es de libre elección del sujeto, sino que vendrá determinado por el tipo de actividad desarrollada por el empresario. No obstante, no ocurrirá lo mismo cuando el trabajador, aun tratándose de la misma actividad, en una situación se desarrolla por cuenta propia y en la otra por cuenta ajena, dando lugar al encuadramiento en regímenes distintos, esto sucede con las profesiones liberales desarrolladas simultáneamente con carácter autónomo o bajo la dirección y en el círculo organizativo de un empleador⁵⁸.

La Orden de 24 de septiembre de 1970 dispone en su artículo 2.2 que la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA), no queda afectada por la realización simultánea de *“otras actividades, por cuenta ajena o propia, que den lugar a su inclusión en alguno o algunos de los restantes regímenes de la Seguridad Social”*. Por otra parte estaría el Régimen Especial Agrario (en adelante REA), el artículo 2.3 del D. 3772/72 dispone que *“la inscripción de los trabajadores en el REA podrá ser compatible con el alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”*. Por su parte, el artículo 7.4 del R.D. 84/96, de 26 de febrero, establece que *“cuando una persona ejerciere simultáneamente distintas actividades, o la misma actividad pero de formas diversas, que dieran lugar a su inclusión en diferentes regímenes del Sistema de la Seguridad Social o en el mismo régimen por cuenta de más de una persona, su encuadramiento será múltiple, constituyendo las situaciones de pluriactividad y de pluriempleo, respectivamente”*.

El empresario está obligado a comunicar, dentro de los plazos establecidos al efecto, las altas, las bajas y las variaciones de datos de los trabajadores que vayan a iniciar una actividad laboral a su servicio o que cesen en la misma y también la afiliación es una obligación del empresario⁵⁹.

⁵⁷ Art 8 Ley General de Seguridad Social.

⁵⁸ IGLESIAS CABERO. Algunas variantes del Encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social, 2002, págs. 21 y ss., op cit 18.

⁵⁹ Art. 100 Ley General de Seguridad Social.

El alta⁶⁰ es “*el acto administrativo mediante el cual se reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentre en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del régimen de Seguridad Social que corresponda en función de la naturaleza de la actividad o de la situación, con los derechos y obligaciones correspondientes*”. Se entiende, que el empresario incurriría en un delito cuando no comunicase el alta a la Seguridad Social por medio de los mecanismos que tiene a su alcance, al contratar a un nuevo trabajador para su empresa⁶¹.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata⁶².

La baja⁶³ del trabajador producirá efectos desde el cese en la prestación de los servicios por cuenta ajena, en la actividad por cuenta propia o, en su caso, en la situación determinante de su inclusión en el Régimen de que se trate, siempre que se haya comunicado en el modelo oficial y dentro de los plazos y no se continúe la prestación de trabajo.

3.2.2. Impago de prestaciones en materia de incapacidad laboral o maternidad

Existen dos tipos de incapacidad laboral, por un lado estaría la temporal y por otro la permanente.

Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: “*Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta*”

⁶⁰ Art. 16 Ley General de Seguridad Social.

⁶¹ SAP de Huesca 384/2000, de 2 de octubre de 2000.

⁶² Art. 16.5 Ley General de Seguridad Social.

⁶³ Art. 106.4 Ley General de Seguridad Social.

días cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”⁶⁴.

La incapacidad permanente contributiva es *“La situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”*. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo⁶⁵.

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas: *“La maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”⁶⁶.*

Entendiendo lo que determina en cada caso la LGSS, los incumplimientos por parte del sujeto activo estarán en relación a cada caso, concretamente por el impago de dichas prestaciones, evidentemente esto repercutirá en la relación que tiene la empresa o entidad con la SS, puesto que cualquier incumplimiento de prestaciones conllevará en el detrimento de la empresa, que no podrá beneficiarse de ningún tipo de ayuda con la SS hasta que haya saldado cualquier tipo de deuda por impago.

3.2.3. Incumplimiento en materia de mejoras voluntarias de la acción protectora

La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas beneficiarias de este derecho, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales. *“Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras*

⁶⁴ Art 169.1.a. Ley General de Seguridad Social.

⁶⁵ Art 193.1 Ley General de Seguridad Social.

⁶⁶ Art. 177 Ley General de Seguridad Social.

*voluntarias, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva*⁶⁷.

Las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General podrán efectuarse a través de: Mejora directa de las prestaciones y Establecimiento de tipos de cotización adicionales. *“La concesión de mejoras voluntarias por las empresas deberá ajustarse a lo establecido en esta sección y en las normas dictadas para su aplicación y desarrollo”*⁶⁸.

Teniendo en cuenta lo que determina la propia legislación, se entiende por tanto que las mejoras voluntarias, como su nombre indica, provendrán de la voluntad de pacto entre empresario y trabajador, lo que cabe plantearse es qué tipo de incumplimiento podría incurrir el empresario o sujeto activo sobre esta materia, pues bien, aquellas mejoras que se hayan pactado y que por voluntad unilateral del sujeto activo se interrumpan o que vayan en detrimento de los trabajadores serán entendidas como incumplimiento en esta materia.

3.3. Ocupación simultánea de trabajadores sin alta en la Seguridad Social

En el apartado segundo del art. 311 CP, introducido 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, castiga la ocupación simultánea de trabajadores sin darles de alta en la Seguridad Social, siempre que superen las cuotas establecidas en el propio apartado segundo:

- 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.*

⁶⁷ Art 43 Ley General de Seguridad Social.

⁶⁸ Art 248 Ley General de Seguridad Social.

Es en la propia Exposición de Motivos de dicha reforma en la que se alude a la necesidad de castigar este tipo de conductas cuando se dan de forma masiva o colectiva, ya que se parte de la negación de los derechos de los trabajadores en materia de Seguridad Social, y por otra parte afectando también al mercado laboral, entendiéndose que éstos trabajadores realizarían un trabajo a costes laborales muy inferiores a aquéllos que sí están al día con el cumplimiento de sus obligaciones⁶⁹.

Por tanto, este reciente articulado que se añade al 311 CP se centra exclusivamente en aquellos supuestos en los que el empresario no da de alta en la Seguridad Social a gran parte de la plantilla. La idea principal que cabe plantearse inicialmente sería la razón por la cual se incluye en este articulado un nuevo apartado en referencia a esta materia y por qué es necesario regularlo.

Una simple lectura del precepto, nos permite intuir la razón que ha movido la reforma, la razón principal sería criminalizar el empleo irregular como eje esencial en la lucha contra el empleo sumergido que ha comenzado a raíz de la aguda crisis económico-financiera⁷⁰.

Cabe destacar que se han eliminado los únicos elementos que habrían permitido dotar de una cierta lesividad a tales conductas, la concurrencia de “engaño” o “abuso de situación de necesidad”, que son los elementos contemplados en el art.311.1º CP, la redacción del segundo apartado se centra exclusivamente en el apartado colectivo, ya que se entiende que sólo sería la imposición de condiciones de Seguridad Social lesivas respecto a los derechos laborales reconocidos a los trabajadores.

Por tanto, quedarían al margen del Derecho penal la contratación de trabajadores sin darles de alta a la SS cuando, en primer lugar, como hemos visto anteriormente, no se utiliza el engaño o abuso de situación de necesidad o violencia o intimidación; en segundo lugar, en aquellos casos que sean supuestos de transmisión de empresas y el nuevo sujeto activo decida subsanar el incumplimiento del empresario anterior; en tercer lugar cuando se trate de contrataciones simultáneas de trabajadores que puedan ser realizadas por métodos que conlleven violencia.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, págs. 333 y ss., op cit 14.

⁷⁰ VV.AA. HORTAL IBARRA. Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, 2015, págs. 1084 y ss.

En definitiva, los trabajadores estarían perdiendo futuros beneficios (pérdida del derecho a la prestación por desempleo o infracotización de cara a la jubilación). Y lo que resulta, si cabe más importante, la pérdida de fuertes sumas que “*no engrosarán las arcas de la Seguridad Social en forma de cotizaciones, ni el Erario Público en concepto de impuestos por la renta de las personas físicas y por sociedades*”⁷¹.

3.4. Mantenimiento de condiciones ilegales en materia de SS

El tercer apartado del art. 311 CP castiga a aquel empresario que mantenga las condiciones de Seguridad Sociales ilegales en el caso de transmisión de la empresa; se entiende que el nuevo empresario no es un mero partícipe o encubridor de este delito, puesto que según el art. 44 ET, en materia de sucesión de empresas, “*se constata que el nuevo empresario está obligado a subrogarse a los derechos y obligaciones laborales del empresario anterior*”⁷².

Por “*transmisión*”, hay que entender lo que se puede producir conforme al Derecho, bien por acto *inter vivos* o bien *mortis causa*, lo que resulta realmente relevante para este estudio es si lo que se produce es una transmisión que conlleva una “*vulneración del principio de subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior*”, se apreciaría el tipo del 311.1⁷³.

Por tanto, el delito está consumado con la mera omisión, es decir, que el nuevo empresario no elimine las condiciones ilegales impuestas por otros y mantenga las mismas a los trabajadores, sin embargo, siempre y cuando el cesionario conociera la existencia de los procedimientos descritos en el art. 311.1 CP⁷⁴.

⁷¹ VV.AA. HORTAL IBARRA, Comentarios al Código penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, págs. 1084 y ss., op cit 23.

⁷² DE VICENTE MARTINEZ, Los Delitos contra los derechos de los trabajadores, pág. 836, op cit 8.

⁷³ ORTS BERENGUER. / BORJA JIMENEZ. / CARBONELL MATEU. / GONZALEZ CUSSAC. / VIVES ANTON. / BUJAN PEREZ. / CUERDA ARNAU., Manuales de Derecho Penal Parte Especial, 2015, pág. 489.

⁷⁴ GÓMEZ RIVERO. / CORTÉS BECHIARELLI. / NIETO MARTÍN. / NÚÑEZ CASTAÑO. / PÉREZ CEPEDA., Nociones fundamentales de Derecho Penal parte especial, pág. 283 y ss., op cit 13.

A modo de ejemplo, ya que sobre este apartado no existe apenas jurisprudencia, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 43/2002 de 10 de enero de 2002, Sección 8ª, Supuesto en el que se cede tres de cuatro locales, donde la empresa realiza su actividad, además de la maquinaria y sus trabajadores en condiciones ilícitas, a una sociedad dedicada a la misma actividad industrial que la cedente –cliente de la cesionaria-. Se realiza con el objeto de perjudicar los derechos derivados de la antigüedad de los trabajadores en el puesto de trabajo.

3.5. Imposición violenta

El último apartado relevante para este estudio, sería el cuarto apartado, referente a aquellas situaciones en las que existan conductas que conlleven violencia o intimidación.

Sin embargo, analizando la redacción del precepto se aprecia que hace referencia directa a los apartados anteriores del mismo precepto, por tanto cabría plantearse si se refiere a aquellas conductas que sean realizadas bajo engaño o abuso de necesidad o simplemente a aquellas que presenten condiciones ilegales de Seguridad Social.

La doctrina mayoritaria comprende que sería el último caso⁷⁵, planteándose que no es realmente un tipo agravado del primer apartado del artículo sino más bien un tipo autónomo que se fundamenta en la gravedad de los medios utilizados.

La intimidación resulta un elemento frecuente en la relación laboral de muchas empresas, ya sea por medio de frustrar las expectativas laborales del sujeto o causando perjuicios relativos a la actividad del trabajador, en ambos casos se entiende que van motivados por la voluntad del autor⁷⁶. En relación con este aspecto, podemos encontrar situaciones en las que el empresario, obliga al trabajador a realizar horas extraordinarias que no van a ser

⁷⁵POMARES CINTAS. / ALVAREZ GARCIA, El Derecho Penal ante la explotación y otras formas de violencia en el trabajo, pág. 76., op cit 8. / MARTINEZ BUJÁN, Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial, pág. 689, op cit 16. / ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo, Un estudio del artículo 311 del Código Penal, pág. 366, op cit 7. / NARVÁEZ BERMEJO, Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social, 1997, pág. 52.

⁷⁶ ORTUBAY FUENTES. Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal, pág. 378., op cit 7.

retribuidas, (y por tanto tampoco cotizadas) bajo el anuncio de despido o negación de promoción laboral en un futuro⁷⁷.

En el caso de violencia, no sólo se hace referencia a aquella del tipo físico, en realidad la que resulta más interesante es aquella que abarca el nivel psicológico, *“es éste método se ha convertido en idóneo para imponer condiciones ilegales en materia de Seguridad Social a los trabajadores de la administración pública y que sin embargo no se abusaría de un estado de necesidad del trabajador”*⁷⁸.

4. Posibles autores: ¿sólo el empresario?

En este apartado, se analizarán los diferentes sujetos que forman parte de este delito, por una parte aquellos que llevan a cabo la acción (sujetos activos) y por otra parte aquellos que son afectados por las acciones de estos (sujetos pasivos).

En general, se entiende que sólo hay un posible sujeto activo, el empresario, de ahí que se afirme que este delito es especial⁷⁹, pero como se analizará posteriormente puede haber otros sujetos, ya sea una mutualidad o una agencia de colocación.

Por otra parte hay que aclarar que el empresario no es exclusivamente el sujeto activo de este delito, como se desarrollará posteriormente en este trabajo en el capítulo 4, aunque existe la concepción generalizada de que es éste el único sujeto activo posible puesto que la jurisprudencia también ha interpretado el tipo penal como *“delito propio del empresario, ya sea persona física o jurídica”* (STS 1371/1998 de 2 de marzo de 1998). Sin embargo, en virtud del principio de autonomía del Derecho Penal, éste es independiente a la hora de establecer sus presupuestos⁸⁰, de modo que el concepto de empresario procedente del Derecho laboral-administrativo puede modularse en el ámbito penal.

⁷⁷ AAP, BARCELONA, recurso 253/2001, de 10 de enero de 2002.

⁷⁸ Como señala el AAP Barcelona, 599/2004, de 11 de noviembre de 2004 y en el mismo sentido, SAP Madrid, 431/2008, de 1 de julio de 2008.

⁷⁹ LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho Penal Parte Especial, 2011, pág. 220. / QUERALT JIMENEZ, Manuales de Derecho Penal, 2015, pág. 866.

⁸⁰ ORTUBAY FUENTES, Tutela penal de las condiciones de trabajo, Un estudio del artículo 311 del Código Penal, pág. 400 y ss., op cit 7. / NARVÁEZ BERMEJO, Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social, pág. 19, op cit 25.

El art. 311 CP, utiliza la expresión “*quiénes*” y no el término empresario o empleador, lo que permite responder a la complejidad de la estructura organizativa empresarial⁸¹ y también permite plantearse si hay posibles sujetos más allá de los nombrados anteriormente.

En consecuencia, puede ser también autor del 311 CP “*quién actúe en nombre o por cuenta del empresario como persona física, siempre que ostente capacidad resolutoria o poder efectivo e idóneo para establecer o modificar condiciones de Seguridad Social, cualquiera que sea el concreto cargo, función o categoría que ostente*”⁸².

Por tanto, en los casos en los que el empleador sea una persona jurídica, o física, 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, tal como prevé el art. 318 del CP.

En el ámbito de la Administración Pública, será autor “*aquel que ostenta una posición idónea o un poder efectivo para obligar al sujeto adscrito al servicio que dirige a soportar una situación ilícita que perjudica sus derechos laborales*”⁸³.

Aun así, se ha entendido 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 del servicio, sino que se castigará a aquellos de ellos que hayan sido responsables de los hechos*”⁸⁴.

⁸¹ POMARES CINTAS. / ALVAREZ GARCÍA, El Derecho Penal ante la explotación y otras formas de violencia en el trabajo, pág. 62, op cit 8.

⁸² NAVARRO CARDOSO, Los delitos contra los derechos de los trabajadores, pág. 58, op cit 11. / TERRADILLOS BASOCO, Derecho penal de la empresa. 1995. Pág. 100. SAP Logroño, 96/2010, de 31 de marzo de 2010.

⁸³ STS 648/2007, de 28 de junio de 2007; SAP Castellón, 36/1999, de 5 de julio de 1999; SAP Lleida, 360/2008, de 20 de octubre de 2008.

⁸⁴AAP de Barcelona, recurso 609/2001 de 4 de febrero del 2002.

4.1 Empresario

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 LET, 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”*.

El artículo 1.2 LET, 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”*. La jurisprudencia también ha interpretado el tipo penal, como delito propio del empresario, pero también incluye al empresario individual o social, civil o mercantil y en definitiva a cualquier persona que de empleo a otra⁸⁵.

Según 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, se entiende que el empresario es *“uno de los sujetos que pueden realizar infracciones en este aspecto”*, en su art. 2 determina que son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley y, en particular, las siguientes:

1. *El empresario en la relación laboral.*
2. *Los empresarios, [...], de forma individual o en agrupación de empresas [...], en el ámbito de la relación jurídica de Seguridad Social, así como las entidades o empresas responsables de la gestión de prestaciones en cuanto a sus obligaciones en relación con el Registro de Prestaciones*

⁸⁵ STS 2343/1998, de 2 de marzo de 1998.

Sociales Públicas y demás sujetos obligados a facilitar información de trascendencia recaudatoria en materia de Seguridad Social.

3. *Los empresarios, [...], las personas físicas o jurídicas, respecto de la normativa de colocación, fomento del empleo y de formación profesional para el empleo.”*

4.2 Otros sujetos

Sin embargo, también se apunta⁸⁶, en contra de la doctrina mayoritaria, que el empresario no es el único sujeto activo que puede formar parte de este delito, concretamente en materias de Seguridad Social. Por ejemplo, podría serlo el responsable *ad casum* de una agencia privada de colocación⁸⁷ o de una Mutualidad⁸⁸ cuando se trate de aquellos casos referentes a la Seguridad Social.

5. Conclusiones

- a) Uno de los debates planteados en este trabajo versan sobre la naturaleza del bien jurídico, individual o colectiva, como ya se ha dicho existen autores que defienden su postura en referencia a este tema. Personalmente, considero que el bien jurídico tiene naturaleza individual y no colectiva, puesto que entiendo que aunque puede afectar a una pluralidad de trabajadores, el bien en sí mismo va dirigido a un individuo en concreto, las condiciones de Seguridad Social son inherentes al trabajador puesto que es éste el titular del derecho amparado por la ley, es así como lo entendía el legislador, por ello se añadió el apartado 311.2º CP en la reforma del año 2012, para proteger también a los trabajadores a un nivel colectivo.
- b) En cuanto a la situación de necesidad, se distingue entre un aspecto amplio y otro más estricto a la hora entenderlo, el aspecto más genérico contempla que todos y cada uno de los trabajadores se encuentran en estado de necesidad por el mero hecho de ser trabajadores, mientras que la otra postura comprende que depende de cada persona, puesto y sector laboral para comprender si una persona puede estar en un estado de necesidad. Teniendo en cuenta esta idea

⁸⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal. Parte Especial, 2015, pág. 866.

⁸⁷ Art. 2.7 RDL 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.

⁸⁸ Art 2.2 RDL 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.

cabe pensar que los trabajadores serían capaces de aceptar condiciones ilegales de Seguridad Social si de esta forma pueden conseguir o mantener un empleo, ya que muchas personas viven el día a día y no se plantean las pérdidas futuras por ejemplo en materia de prestaciones o la propia jubilación.

- c) En cuanto al sujeto activo, uno de los interrogantes que se plantea es en relación con la concepción del mismo, si es exclusivamente (y como entienden la mayoría de jurisprudencia/autores) como un delito especial del empresario o si cabe una figura adicional que no sea éste. Es difícil afirmar categóricamente que el empresario no es el único sujeto activo, aunque existen como ya se dijo en el apartado 4º otro tipo de sujetos, es muy poca la legislación o autores que defiende esta postura diferente de la mayoría, sin embargo, mi opinión reside en que existe al menos en temas de SS diferentes autores, por ejemplo la mutualidad en materia de prestaciones.
- d) Resulta interesante destacar que ciertos autores consideran el consentimiento como un elemento que dicta o no la culpabilidad del sujeto activo, es decir, si el trabajador acepta las condiciones impuestas ilegalmente, éstos consideran que no existe delito alguno porque el sujeto pasivo acepta la situación, incluso cuando este derecho que renuncias es irrenunciable, sin tener en cuenta el estado de necesidad del trabajador, me resulta bastante interesante este aspecto pues como ya se comentó, un aspecto muy importante es el tema que hablamos, la Seguridad Social, éste derecho es irrenunciable y el legislador así lo entiende por alguna razón, sino no sería irrenunciable, por tanto discrepo completamente con esta postura, sigue siendo delito aunque exista consentimiento.

6. Bibliografía

- Arroyo Zapatero, L., La protección penal de la seguridad en el trabajo, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, 1981.
- Baylos Grau, L.A. / Terradillos Basoco J.M., Derecho Penal del trabajo, TROTTA, 1997.
- Bayón Chacón, G., / Pérez Botija, E., Derecho del trabajo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1973.
- Bustos Ramírez, J., Bienes jurídicos colectivos, Ara, 2004.
- Cañamero Moya, M., De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, Bienes de Empresa, 1990.
- De Vicente Martínez, R., Los delitos contra los derechos de los trabajadores, Tirant lo Blanch, 2008.
- Fernández Domínguez, J.J., De los delitos contra los trabajadores, en La Ley, nº 4031, 1996.
- Gómez de Aranda, L., Delito social, SIPS, 1972.
- Gómez Rivero, M. / Cortés Bechiarelli, E. / Nieto Martín, A. / Núñez Castaño, A / Pérez Cepeda, A., Nociones fundamentales de Derecho Penal parte especial, Tecnos, 2010.
- González Cussac, J. / Vives Antón, T. / Bujan Pérez, C. / Cuerda Arnau. M., Manuales de Derecho Penal parte especial, Tirant lo Blanch, 2015.
- Hassemer W. / Muñoz Conde. F., Introducción a la criminología y a la política criminal, Tirant lo Blanch, 2012.
- Hortal Ibarra, J., Comentarios al código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Tratados, comentarios y prácticas procesales, Tirant lo Blanch, 2015.
- Iglesias Cabero, M., Algunas variantes del encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social, Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, nº 39, 2002.
- Jove Jane, J. / Morales Prats, F., La protección penal del trabajo ante el debate legislativo, Revista técnico laboral, nº 6, 1980.
- Lascuraín Sánchez, J., La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, 1994.
- Luzón Cuesta, J., Compendio de Derecho Penal parte especial. Dykinson SL, 2011.
- Martínez Buján, C., Derecho Penal económico y de la empresa parte especial, Tirant lo Blanch, 2015.
- Morillas Cueva, L., Los delitos laborales, Documentación Jurídica núm. 37/40, 1983.

- Muñoz Conde, F., Derecho Penal parte especial, Tirant lo Blanch, 2015.
- Narváez Bermejo, M., Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 1997.
- Navarro Cardoso, F., Los delitos contra los derechos de los trabajadores, Tirant lo Blanch, 1998.
- Orts Berenguer, E. / Borja Jiménez, E. / Carbonell Matéu, J. / González Cussac, J. / Vives Antón, T. / Buján Pérez, C. / Cuerda Arnau, M., Manuales de Derecho Penal parte especial. Tirant lo Blanch, 2015.
- Pomares Cintas, E. / Álvarez García, F., El Derecho Penal ante la explotación y otras formas de violencia en el trabajo. Tirant lo Blanch, 2013.
- Queralt Jiménez, J., Manuales de Derecho Penal. Tirant lo Blanch, 2015.
- Roso Cañadillas, R., El contrato de trabajo como fuente de derechos en la nueva redacción del artículo 311 CP. Revista de derecho penal y criminología, nº 15, 2005.
- Sáinz Cantero, J.A., Delitos laborales, cinco años después, Estudios Penales y Criminológicos, núm.1, Cursos y Congresos nº 9. 1976-1977.
- Sáinz Cantero, J.A. En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, Estudios Sociales, 1972.
- Serrano Gómez, A. / Serrano Maíllo, A. / Serrano Tárraga, M. / Vázquez González, C., Curso de Derecho Penal parte especial. Dykinson SL, 2012.
- Suanzes Pérez, F., Delitos contra los derechos de los trabajadores, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.
- Suárez Rodríguez, C. / Judel Prieto, A. / Piñol Rodríguez, J., Manual de Derecho Penal, Tomo II, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- Terradillos Basoco, J.M., Derecho Penal de la empresa, TROTTA, 1995.
- Villacampa Estiarte, C., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Thomson Reuters, 2011.
- Villegas García, MA. / Moreno Santamaría, A./ Águeda Holgueras, C. / Raimundo Rodríguez, MJ./ Requena Juliani, J. / Climent Durán, C. / Martínez Arrieta, A. / Sabando Sequí, J./ Encinar del Pozo, M.A. / López Barja de Quiroga, J., Código penal con jurisprudencia sistematizada, Tirant lo Blanch, 2016.