

C. DERECHO
PENAL

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS
TRABAJADORES

Núm.
17/2004

Ángel MUÑOZ MARÍN
Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Jeremías es contratado por la empresa «Z» para realizar tareas en la construcción. El trabajador se encuentra residiendo ilegalmente en España, circunstancia esta que es sobradamente conocida por el administrador de la sociedad «Luis», el cual a pesar de ello le realiza un contrato verbal, sin que se le dé de alta en la Seguridad Social, por lo cual no puede tener acceso a las prestaciones que se contemplan en las normas laborales. Jeremías desarrollaba trabajo como peón de albañil, trabajando el mismo número de horas que el resto de los peones, y cobrando un salario inferior al de los otros dos peones que había en la obra, pero siempre dentro de los límites mínimos de lo establecido por el Convenio Colectivo de la Construcción.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- ¿Son los hechos relatados constitutivos de infracción penal?
- En caso de ser los hechos objeto de algún delito, ¿quién sería el responsable penalmente de los mismos?

• **SOLUCIÓN:**

De la lectura del supuesto fáctico, y en una primera visualización, debemos acudir a los preceptos recogidos en el Título XV del Libro II del Código Penal (CP), que bajo la rúbrica genérica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» recoge aquellas conductas que el legislador encuentra merecedoras de represión en el ámbito penal, y que afectan a los derechos que los trabajadores tienen reconocidos por las leyes. Debemos recordar que el principio de intervención mínima rige en nuestro Derecho Penal; esto significa que sólo las conductas más graves son las que se estiman dignas de represión mediante el Derecho Penal. Sobre la base de esta afirmación, no hay que olvidar que el Derecho Laboral tiene normas definidoras de las infracciones laborales, así como los mecanismos de sanción para las mismas. Es el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la norma que determina qué conductas empresariales son objeto de infracción laboral, así como la sanción que las mismas llevan aparejadas.

Del relato fáctico del supuesto, observamos cómo Jeremías es un extranjero que reside ilegalmente en el territorio nacional y, por tanto, no ostenta el oportuno permiso de trabajo, ya que es requisito indispensable para la obtención del permiso de trabajo el estar residiendo legalmente en el territorio nacional. El artículo 36 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece en su apartado tercero que:

«Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.»

Por su parte el artículo 66.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establece:

«2. Conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, ningún empleador o empresario podrá contratar a un extranjero que no esté autorizado a trabajar en España, salvo que haya sido exceptuado de la obligación de proveerse del permiso de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la misma Ley Orgánica o de acuerdo con lo previsto en los Tratados y Convenios internacionales celebrados por España.»

De los preceptos señalados, hay que entender que el empresario al contratar a un súbdito extranjero sin el oportuno permiso de trabajo está infringiendo la normativa de extranjería, lo cual llevará aparejada las oportunas sanciones administrativas (que no son objeto del presente supuesto).

Desde el punto de vista penal, debemos acudir a lo establecido en el artículo 312 del CP, que establece:

«1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra (*Apartado redactado según Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*).

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.»

Parece ser que el párrafo segundo del referido artículo 312 recoge la conducta llevada a cabo por la sociedad, ya que Jeremías, como ya sabemos, es un súbdito extranjero que carece de permiso de trabajo, que no es dado de alta en la Seguridad Social, lo cual parece indicar que se están restringiendo o suprimiendo sus derechos laborales. Sin embargo, pese a esta primera apreciación que parece incardinar la referida conducta en el tipo del artículo 312, hay que profundizar más en el verdadero contenido del tipo legal. En tal sentido no debemos olvidar que la conducta del tipo legal exige no sólo una contratación ilegal (la cual se produce a todas luces), sino que se precisa además que se perjudique a los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en sus derechos laborales mínimos, para lo cual habrá que acudir, tanto a las normas laborales, como a lo establecido en los respectivos convenios colectivos (en este caso, el de la construcción).

La primera interpretación que cabría hacer es la de que basta con que el trabajador no esté dado de alta en la Seguridad Social y, por tanto, sin posibilidad de acceder a las prestaciones que la misma conlleva (asistencia sanitaria, prestaciones por desempleo, etc.), así como la imposibilidad de sindicarse (derechos ambos que vienen reconocidos como tal en la referida Ley de Extranjería, arts. 10 y 11) para que la conducta típica quede configurada. Pero no olvidemos que dicha tipicidad exige la concurrencia de un elemento normativo del tipo, cual es que el trabajo se desarrolle en condiciones que perjudiquen o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos dichos trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual.

Hay que señalar que el hecho mismo de que el trabajador no pueda ser dado de alta en la Seguridad Social no es debido a la conducta del empleador, sino a la propia situación de ilegal en que se encuentra el trabajador, lo cual imposibilita la obtención del oportuno permiso de trabajo.

De la situación descrita en el relato fáctico, hay distinguir diferentes infracciones; por una parte, el propio trabajador se encuentra en situación de ilegal en el territorio nacional, lo cual daría lugar a la incoación del oportuno expediente de expulsión. Por otra parte, el hecho mismo de que el trabajador no se encuentre dado de alta en la Seguridad Social (art. 22 del TRLISOS, RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto) y, finalmente, el posible ilícito penal del artículo 312 del CP. Respecto a este último, debemos señalar lo siguiente: ya hemos anunciado previamente que el derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, es decir, sólo será de aplicación en los casos en que no haya otra forma de reparar el orden jurídico violentado. Al estar recogido el hecho de la falta de alta en la Seguridad Social como una infracción social, no es posible entender que esta misma conducta tenga por sí misma, y sin ningún otro añadido, las características de delito, por ello, lo decisivo para encontrarnos ante el tipo legal es, como ya hemos apuntado, que se perjudique a estos trabajadores extranjeros que no poseen permiso de trabajo en los derechos mínimos que tengan reconocidos por las leyes o convenios colectivos. Por ello, deberemos analizar si esos derechos mínimos de los trabajadores han sido violentados. Dos son los datos que al respecto nos ofrece el supuesto práctico: Jeremías tiene el mismo horario de trabajo que el resto de los peones, y, en segundo lugar, aunque cobra menos salario que aquéllos, éste se mantiene dentro de los límites establecidos en el Convenio Colectivo. Con estos dos apuntes, no nos queda sino concluir que los derechos mínimos que debería ostentar el trabajador no han sido vulnerados. Podría debatirse si el hecho de que cobrara menos que los otros peones pudiera atentar contra estos derechos mínimos, sin embargo la circunstancia de que su salario sea ajustado a lo establecido en el convenio colectivo nos tiene necesariamente que llevar a la conclusión de que los derechos que el trabajador tiene reconocidos por la normativa laboral no han sido vulnerados. Cuestión distinta, al margen en este momento del Derecho Penal, sería si el cobrar un salario menor que el de aquellos trabajadores con su misma categoría profesional y funciones pudiera ser discriminatorio (*ex* art. 14 de la Constitución y art. 17 del ET) por razón de origen (súbdito extranjero), sin embargo tal cuestión, que con el relato de hechos del supuesto práctico no tiene encaje en el artículo 314 del CP, sí podría dar lugar a una demanda por vulneración de derechos fundamentales en la jurisdicción social (arts. 175 y ss. de la LPL).

La segunda cuestión planteada queda diluida por la resolución de la primera, sin embargo, a efectos dialécticos, habrá que acudir a lo establecido en el artículo 31 del CP, que establece:

«El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.»

Por tanto, Luis, que actúa en los hechos como administrador de la sociedad, siendo, por ende, en el presente supuesto el autor directo de la conducta, sería el que respondería de la posible conducta delictiva en que se hubiere incurrido. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad directa de la sociedad respecto de los perjuicios que pudieran haberse irrogado al trabajador.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 31 y 312.
- Ley Orgánica 4/2000 (Derechos y Libertades de los Extranjeros), art. 36.3.