

La retirada del derecho administrativo sancionador en la explotación laboral del trabajador extranjero

Comentario a la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel 4/2018, de 5 de abril**

Luis Lafont Nicuesa

Fiscal. Unidad de extranjería de la Fiscalía General del Estado

1. MARCO LEGAL APLICADO

La sentencia, al hilo de una posible quiebra del principio de *ne bis in idem*, se mueve en dos frentes normativos que debe armonizar. De un lado, el penal, que aplica el artículo 311.1.º del **Código Penal** (CP), que regula el delito de explotación laboral y castiga con las penas de prisión de 6 meses a 6 años y multa de 6 a 12 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.

De otro, el sancionador-administrativo, que en el momento en que se va a dictar la sentencia ya ha aplicado varias infracciones graves recogidas en los siguientes preceptos:

- Artículo 12 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 sus apartados:
 - 1 a) Incumplir la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.
 - 8. El incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del

puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables.

- Artículo 12, apartado 23 a), del [Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto](#): Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo.
- Artículo 54.1 d) de la [Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que sanciona la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo.

2. SUPUESTO DE HECHO

Entre el 1 y el 19 de junio de 2015, el acusado, de nacionalidad china, contrató a cinco compatriotas suyos, para llevar a cabo trabajos de albañilería en una obra en la nave 207 correspondiente al bazar chino Hiper Asia. Los alojaba en unas dependencias contiguas a la zona de trabajo, en la que se integraba la zona de descanso, con colchones tirados en el suelo, en circunstancias de absoluta falta de higiene y salubridad. Ocupó laboralmente a uno de ellos careciendo de permiso de trabajo y residencia en España, absteniéndose de regularizar su situación laboral, afiliarle o darle de alta en la Seguridad Social; a otros los contrató a tiempo parcial cuando estaban haciendo trabajo a jornada completa. Por otro lado, incumplió la obligación de implantación y aplicación de un plan de prevención y privó a los trabajadores contratados de cualquier tipo de formación teórica y práctica suficiente en materia de prevención de riesgos laborales centrada específicamente en su puesto de trabajo.

3. DOCTRINA JUDICIAL APLICADA

3.1. Elemento típico del abuso de una situación de necesidad

Para delimitar los elementos típicos del artículo 311.1.º del CP, la [sentencia analizada](#) toma como referencia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 15 de febrero de 2002. En el presente caso, el más trascendente es el medio comisivo del abuso de una situación de necesidad. La sentencia que analizamos, siguiendo a la de Tenerife, la vincula al desequilibrio de la relación laboral:

La doctrina viene afirmándola como fruto inevitable de la estructura del mercado de trabajo, argumentando que no es necesario exigir un comportamiento malicioso porque el mercado de trabajo ya genera un desequilibrio objetivo entre asalariado y empleador, del que este se prevale cuando desea imponer condiciones ilegales, porque nadie pacta por debajo de los mínimos irrenunciables si no se está constreñido a hacerlo.

Delimitar este concepto jurídico indeterminado es una de las cuestiones más espinosas del tipo penal. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 270/2016, de 5 de abril, como hace la Audiencia de Teruel, interpreta por abuso de la situación de necesidad «cualquier clase de aprovechamiento, o el uso indebido de la especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales», pero la [STS 639/2017, de 28 de septiembre](#), exige un plus:

El abuso de estado de necesidad debe tener más consistencia que la derivada de la insita situación de desigualdad que existe en el mercado laboral entre empleadores y trabajadores, porque de no ser así, todo incumplimiento debería tener acceso a la respuesta penal, máxime teniendo en cuenta la crisis económica que ha golpeado con especial fuerza a la clase trabajadora, pero tampoco puede emplearse esta lacerante realidad para derivar al derecho administrativo sancionador situaciones de clara ilegalidad penal que, a la postre, tendrían el efecto perverso de provocar una generalizada exclusión en favor del sujeto activo –el empleador– de la respuesta penal y que convertiría al sistema de justicia penal en un factor de multiplicación de la desigualdad, solo aplicable a las clases menos favorecidas (...) por abuso de necesidad debe entenderse un plus diferente a la mera desigualdad intrínseca que existe en las relaciones laborales, pero sin llegar a una interpretación tan restrictiva que convirtiera este tipo penal en un delito de imposible acreditación y existencia. Es decir, en un delito de imposible comisión.

El Tribunal Supremo se ha esforzado recientemente por acuñar un concepto jurídico-penal de «necesidad», fijando dos caminos distintos:

- a) Remitir el concepto a la exigente genérica de estado de necesidad del artículo 20.4.º del CP, lo que permitiría aplicar al artículo 311.1.º del CP la abundante jurisprudencia existente en torno a dicho precepto.

En este sentido, la [STS 494/2016, de 9 de junio](#), afirma que:

Nos referimos al denominado «estado de necesidad» como causa de exención, por justificación, de la responsabilidad penal. Sin duda la necesidad (la del sujeto pasivo) que hace nacer la responsabilidad criminal (en el art. 311) o que la agrava (en el art. 250.4) ha de ser, al menos, de la misma entidad que aquella (la del sujeto activo) que justifica y exime por ello de responsabilidad. De tal suerte, si un estado de necesidad, por ser menor que

la eximente, puede reducir el beneficio del autor del delito a una mera atenuante o incompleta exención, pero no eximir totalmente si la de la víctima no es extrema, tampoco podrá tenerse por típica la conducta del autor.

- b) Por remisión a la definición legal del medio comisivo de abuso de una situación de necesidad del delito de trata de personas del artículo 177 bis del CP.

La [STS 639/2017, de 28 de septiembre](#), rechaza acudir a la eximente genérica para integrar el concepto típico, «[p]or ello, en modo alguno la situación de necesidad puede equipararse –como se dice por el recurrente– con la eximente de igual nombre del artículo 20. 4.º del CP que actúa como causa de justificación que hace desaparecer la ilicitud penal» y acude al delito de trata de personas:

Se trata de dos expedientes –la eximente de estado de necesidad del CP y el abuso de situación de necesidad del art. 311 del CP– de distinta naturaleza e intensidad, que operan en esferas distintas (...). Vale como punto de referencia legal para interpretar la situación de necesidad la noción legal recogida en sede del delito de trata de seres humanos (...): «Existe una situación de necesidad (...) cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Pero de esa definición hay que destacar el inciso «real o aceptable»». En abstracto siempre existirá otra alternativa: negarse al abuso, denunciar, resistir, oponerse, rechazar las condiciones (...). Pero se trata de valorar en concreto si podía exigirse razonablemente a la víctima seguir un camino distinto a la aceptación resignada de las injustas condiciones que se le imponen. Por tanto, no basta con señalar posibles alternativas si estas *in casu* no resultaban viables, atendidas las circunstancias de los hechos y de la víctima.

Plenamente de acuerdo. Es preferible acudir a una definición auténtica, aunque abstracta, del término «necesidad», prevista para el delito de trata de personas, antesala del delito de explotación laboral, que a una noción genérica que no está pensando específicamente en los delitos de explotación.

Si bien la [sentencia examinada](#) describe la necesidad de forma simple, anudándola al desequilibrio laboral del trabajador con el empresario, al analizar el caso concreto, identifica con precisión los factores de necesidad que imponen la presencia del derecho penal al aprovecharse el acusado «de su condición de extranjeros, desconocedores de las normas laborales vigentes desde España, y en buena medida del idioma español». Efectivamente, la situación de vulnerabilidad de estas personas, ciudadanos chinos, de una cultura y un sistema laboral completamente distinto al español, con el desconocimiento del idioma y sin ningún arraigo en territorio español, son factores que emplazaban a estas personas como única alternativa a aceptar las condiciones explotadoras que les fueron ofrecidas. Así, en la [STS 639/2017, de 28 de septiembre](#), a los factores de necesidad de la precariedad de la situación laboral de las víctimas y de residencia (renovación permiso) se unen factores decisivos como el no conocimiento del idioma, ser extranjeros, bajo

nivel cultural. Estamos ante un criterio de necesidad más justificado que el de la [STS 494/2016, de 9 de junio](#), que tras rechazar como factores de necesidad el precisar el trabajo para obtener la renovación del permiso de residencia, exige un informe económico manifiestamente excesivo:

No existe la más mínima referencia a la situación patrimonial de las empleadas, ni a la capacidad económica de los demás miembros de sus familias que disfrutaban de su renta laboral, ni la accesibilidad de las mismas a otras ofertas de trabajo, ni si percibían o no alguna subvención.

3.2. La cercenación de las condiciones laborales: la tesis del mosaico

El artículo 311.1.º del CP exige la imposición de condiciones de trabajo perjudiciales o ilegales. La [sentencia de Teruel](#) precisa que estamos ante un delito de resultado cortado, por lo que:

No es necesario que el perjuicio material o efectivo se produzca, satisfaciéndose el tipo con una infracción del ordenamiento por la cual se creen las condiciones para que, de no mediar otra intervención jurídica de corrección, el perjuicio se produzca eficazmente.

Desde el instante en que la víctima acepta las condiciones de trabajo, surge el delito, aunque dichas condiciones no lleguen a operar en la práctica. Es, por tanto, un delito de consumación instantánea:

Que se perfecciona con la mera imposición de las condiciones ilegales o desfavorables (sin necesidad de que estas, una vez impuestas, persistan a lo largo de todo el tracto contractual), y que tiene, además, efectos permanentes, ya que los mismos perduran todo el tiempo que persista la relación laboral, con dichas condiciones (por lo que el plazo de prescripción del delito, que es tan solo de 3 años, no comenzará a contar mientras se mantengan las mismas).

Esta característica general del delito tiene una consecuencia práctica importante. Aunque la situación de necesidad típica desaparezca por diversos factores y se restaure la capacidad de reacción del trabajador para defender sus derechos hasta el punto de poder denunciar al explotador, el delito ya se habrá consumado. Lo explica muy bien la [STS 639/2017, de 28 de septiembre](#):

La actividad delictiva comienza y se consuma (delito de resultado cortado) ya en el momento en que se imponen esas condiciones, sin que la progresiva atenuación de esa «situación de necesidad» como consecuencia de una evolución de la situación económica y de un mayor arraigo y la creciente capacidad –finalmente demostrada– de rebelarse ante las injustas condiciones borre el carácter penal de los hechos perpetuados

en el tiempo. Se hace necesaria una evaluación *ex ante*, atendiendo no a la situación final –cuando denuncian finalmente los hechos–, sino a los momentos iniciales y las fases más lejanas en el tiempo.

Por tanto, la aplicación del artículo 311.1.º del CP no precisa que el perjuicio se haya producido, sino que el sujeto activo tenga capacidad efectiva y real de causarlo, bien mediante una situación de necesidad, bien por el abuso de la misma. El perjuicio, como indica la STS 639/2017, de 28 de septiembre, «constituiría el agotamiento del delito».

En el caso que analizamos, la sentencia enumera solventemente una serie de incumplimientos de la normativa laboral que hemos visto en el relato de hechos probados (ausencia de formación, de normas de prevención, contratos a tiempo parcial pero exigencia de jornadas completas, falta de autorización de trabajo, alojamiento en condiciones deplorables). La defensa no discute las infracciones y solo matiza, en cuanto al alojamiento, que el acusado había contratado un piso para alojar a los trabajadores, estrategia defensiva que la sala desbarata fácilmente por cuanto «ni de las apreciaciones efectuadas por los agentes de policía y miembros de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se desprende que aquellos tuvieran otra residencia que la ubicada en su centro de trabajo».

El argumento principal de la defensa es la falta de entidad penal de los incumplimientos laborales denunciados, al considerar que estamos ante meras infracciones administrativas. El tribunal rechaza el argumento proyectando una doctrina ya conocida en el ámbito del acoso moral laboral: la del mosaico, también denominada «del puzle o película». La misma consiste en que la completa dimensión no puede abarcarse desde una versión sesgada o atomizada de las concretas piezas o escenas de un puzle o una película. Hay que construir el puzle en su totalidad o ver toda la película para conocer en detalle lo que ha ocurrido y elaborar una radiografía precisa de las dimensiones de lo sucedido y su gravedad. Proyectado al caso, la teoría del mosaico supone que el acto cancelador del derecho laboral o de la seguridad social no debe verse aisladamente, sino como parte de la pieza de un conjunto. Lo que individualmente apreciado es una infracción puesta en conexión con múltiples conductas en un contexto de vulnerabilidad revela un abuso de tal intensidad que desborda los límites del derecho administrativo sancionador y reclama la intervención penal. Como expone la Audiencia de Teruel:

Es cierto que las citadas infracciones, individualmente consideradas, podrían integrar un ilícito meramente administrativo, que no rebasase los límites del derecho penal, pero no cabe duda que, apreciadas en conjunto en una misma relación laboral con respecto a unos mismos trabajadores, (...) implican una manifiesta situación de abuso, motivada probablemente por la circunstancia de que se trataba de trabajadores extranjeros, compatriotas del empleador, desconocedores de las normas del mercado laboral español, y alguno de ellos carente de permiso de trabajo y residencia, que deviene en una privación de los más elementales derechos laborales reconocidos por las disposiciones legales vigentes.

3.3. Ausencia de infracción del principio *ne bis in idem*

La defensa considera también que existe una lesión del principio *ne bis in idem* al haberse sancionado administrativamente al acusado por unos hechos que vuelven a castigarse en la esfera penal.

Efectivamente, el acusado había sido sancionado con diversas multas por la Subdelegación del Gobierno en Teruel y por el Gobierno de Aragón, pero, pese a ello, la sala descarta la quiebra del principio *ne bis in idem*: «Por otra parte, el hecho de que los hechos que se enjuician en este procedimiento hayan sido ya sancionados, en todo o en parte, por la autoridad administrativa, no impide la sanción penal de los mismos».

Para ello proyecta la doctrina contenida en la [Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero](#), en la que se plantea un supuesto de doble sanción, administrativa y penal, del mismo hecho. Dicha sentencia, recordando una jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional y la legislación procesal en materia de cuestiones prejudiciales, destaca la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la Administración con unas consecuencias claras:

La anterior es la interpretación que ha de darse al contenido esencial de la interdicción derivada del «*non bis in idem*», interpretación que se concreta en la preferencia del proceso penal frente al administrativo, cuando se produzca una coincidencia en la investigación penal y administrativa sobre el mismo hecho y la misma persona indagada, de manera que la Administración deberá suspender su indagación hasta que finalice la penal. En el caso de que la indagación penal llegue a un pronunciamiento definitivo de condena, este culmina el reproche a la situación antijurídica.

Tampoco quiebra la interdicción del *ne bis in idem*:

(...) caso de que al tiempo del enjuiciamiento penal ya se hubiera dictado la sanción administrativa, el órgano penal deberá tener en cuenta la sanción administrativa para evitar una sanción al hecho que supere la medida de culpabilidad (principio de preferencia de la jurisdicción penal y principio de culpabilidad). En el supuesto de que se haya declarado la responsabilidad en la Administración, esta no impide la actuación de la jurisdicción penal, aunque la jurisdicción tendrá en cuenta el reproche realizado por la Administración en la determinación de la pena, de manera que no se supere el máximo de la consecuencia prevista a la conducta típica. Pues bien, partiendo de esta doctrina es evidente que la circunstancia de que los hechos objeto del procedimiento [hayan] sido sancionados en vía administrativa no impide la actuación de la jurisdicción penal, sin perjuicio de que a la hora de la determinación de la pena se tendrá [en] cuenta la sanción impuesta por la Administración para evitar una sobreposición de los hechos.

Efectivamente, cabe una coexistencia entre una sanción administrativa ya impuesta y una condena penal a las mismas personas por idénticos hechos si se respeta el principio de proporcionalidad. Lo decisivo es que la multa recaída en la sanción administrativa sea tenida en cuenta por el juzgador penal para no desbordar los límites de la multa penal.

Y eso es lo que hace la Audiencia de Teruel. Cuando llega la hora de establecer la pena, tiene en cuenta que el acusado ha sido sancionado por estos hechos en vía administrativa con dos multas de 48.576 y 10.308,90 euros, por lo que la pena de multa es reducida a su mínima expresión, en concreto, a 9 meses con cuota diaria de 12 euros. Una técnica más depurada sería la de haber fijado primero expresamente la multa que se entienda a las circunstancias del caso y a la capacidad económica del acusado y luego descontar el importe de las sanciones administrativas. Aparentemente, la sala ha hecho esa operación tácitamente.

3.4. Responsabilidad civil y detalle del perjuicio salarial

Respecto a la responsabilidad civil, expone la sala que «[n]o existiendo perjuicio civil indemnizable, no procede pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de los hechos». Inicialmente sí existe un perjuicio civil. En el relato de hechos se menciona expresamente la existencia de unas horas trabajadas y no pagadas, de un «perjuicio para los salarios de estos». Entiendo que el perjuicio salarial debió delimitarse e integrar una indemnización para los trabajadores. Tampoco puede descartarse un daño moral dadas las condiciones en que los trabajadores fueron alojados, próximas a la de ganado.

4. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA

En un contexto judicial que ha condicionado la aplicación penal del artículo 311.1.º del CP a supuestos de explotación extrema, doctrinas como las del mosaico o el que la sanción administrativa no impida la intervención penal otorgan una clara preferencia al derecho penal frente al sancionador administrativo en la explotación laboral.

La vulnerabilidad del trabajador inmigrante no ha impedido que el Tribunal Supremo, bajo el principio de *ultima ratio*, haya venido exigiendo un perjuicio laboral de especial intensidad para justificar la respuesta penal. Como expone la [STS 494/2016, de 9 de junio](#):

De manera similar a lo dicho respecto de la situación de necesidad, tampoco puede considerarse típicamente relevante cualquier derecho de los que el trabajador tenga reconocido. Procurando la misma determinación, que ya hemos considerado que exigen el principio de legalidad y el de mínima intervención, podemos excluir como penalmente sancionables las imposiciones de las que deriven menoscabo de tales derechos fácilmente reparables acudiendo al procedimiento administrativo o judicial o, cuando eso

no sea accesible al trabajador por la situación de abuso padecida, al menos que aquellos derechos tengan cierta importancia, aunque no es necesariamente de orden económico.

En este marco, dicha sentencia absuelve al entender que en los incumplimientos salariales denunciados no se descartaba que pudieran haberse compensado económicamente y sobre todo por no haber concretado el importe económico de los salarios dejados de pagar, lo que impide comprobar la intensidad de la infracción. La [STS 348/2017, de 17 de mayo](#), condenó por ser clara la gravedad de los incumplimientos laborales, ya que la duración de la jornada era de 14 o 15 horas (cuando el Estatuto de los Trabajadores establece un máximo de 9 horas), por la ausencia de vacaciones y descanso dominical (cuando el Estatuto reconoce 1 mes de vacaciones) y por falta de retribución en caso de enfermedad (el Estatuto reconoce el derecho a la integridad física y a una protección eficaz en materia de salud e higiene).

La [STS 639/2017, de 28 de septiembre](#), supone un importante cambio en esta materia. Tras exponer que «debe exigirse desde un punto objetivo una clara vulneración de los derechos de los trabajadores con suficiente relevancia penal para justificar la respuesta del sistema de justicia penal», establece la doctrina que, en una situación de vulnerabilidad, una sutil presión del empleador sobre el trabajador canceladora de los derechos laborales de este último permitiría integrar el delito del artículo 311.1.º del [CP](#):

Aquí apreciamos una patente privación impuesta de un derecho básico y elemental de todo trabajador: el descanso semanal. No es una mera cuestión económica. Y acceder a esa imposición abiertamente contraria a la ley solo se entiende desde la vulnerabilidad de los trabajadores: no se trata sencillamente de personas en situación de desempleo, sino de inmigrantes marroquíes que realizaban la actividad de pastoreo, que carecían de arraigo, desconocedores del idioma y de otras relaciones en las que ampararse para subsistir y con un bajo nivel cultural. Eso es un caldo de cultivo apto para una sutil presión que cancela derechos laborales prevaliéndose de esa vulnerabilidad (...).

Por tanto, una mera infracción del descanso semanal, sin concretar cuántos días han sido e incluso reconociendo en los hechos probados que la empresa les daba 30 días de vacaciones al año, permite aplicar el tipo penal a un perjuicio que inicialmente podría reconducirse al ámbito laboral. Esta doctrina es coherente con la flexibilidad a la que apunta el artículo 311 del [CP](#), que utiliza un amplio abanico de términos buscando que nada se escape a su radio de acción: perjudicar, suprimir, restringir.

Hay una restricción. El Tribunal Supremo parece distinguir dos categorías. Las cuestiones meramente económicas, en las que se integrarían los perjuicios salariales, serían el campo natural del orden jurisdiccional social y las relativas al descanso, que califica como derecho elemental de todo trabajador, que ubicaría bajo la esfera penal. Entiendo que también el salario es un derecho básico del trabajador que puede ser menoscabado prevaliéndose de dicha vulnerabilidad, por lo que su protección debiera tener cobertura penal.

La Sentencia de la Audiencia de Teruel sigue y extiende esta doctrina a otros menoscabos laborales distintos del descanso, articulando la teoría del mosaico. Si bien, como hemos visto, en la descripción general del tipo interpreta como «necesidad» un desequilibrio laboral trabajador-empresario, una necesidad ordinaria no distinta de la que motiva cualquier juicio laboral, cuando analiza el caso concreto «especializa» e intensifica la necesidad a efectos penales vinculándola a la miseria de trabajadores inmigrantes de otras culturas que no conocen el castellano. A partir de ahí, hechos de escasa trascendencia penal (jornadas alargadas no previstas para el contrato pero que no consta que se infringiera el derecho al descanso, incumplimientos de formación o prevención, el hecho de no estar regularizado o alojamientos precarios), que podrían solventarse en el ámbito laboral o administrativo, una vez conectados globalmente, cubren el requisito típico del perjuicio.

Todo ello va erigiendo al derecho penal en protagonista principal en la tutela de los derechos laborales del trabajador inmigrante vulnerable.