



FORMACIÓ

Policia.cat

Delictes contra els treballadors i els estrangers, contra la hisenda pública i la seguretat social ...

FORMACIÓ POLICIAL.CAT

ÍNDEX

- 1.- Delictes contra la Hisenda Pública**
- 2.- Delictes contra la Seguretat Social**
- 3.- Delictes contra els Drets dels Treballadors**
- 4.- Delictes contra els Drets dels estrangers**
- 5.- Sentències relacionades**
 - a.- Sentència delictes contra la Hisenda Pública**
 - b.- Sentència delictes contra la Seguretat Social**
 - c.- Sentència delictes contra els drets dels treballadors**
 - d.- Sentència delictes contra els drets dels estrangers**
- 6.- LLEI ORGÀNICA 10/1995 CODI PENAL – Llibre Segon-**

TITULO XIV. DE LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 305, 306, 307, 308, 309, 310, 310bis.....

TITULO XV. DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Artículo 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318.....

TITULO XV bis. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

Artículo 318 bis.....

1.- DELICTES CONTRA LA HISENDA PÚBLICA

I. CONCEPTE I BÉ JURÍDIC PROTEGIT

En concepte de patrimoni, com a objecte de protecció penal, el Codi Penal de 1995, aprovat per Llei Orgànica 10/1995 de 23 de novembre, uneix el concepte d'ordre socioeconòmic. Això és fruit de l'expansió que en les últimes dècades ha tingut l'anomenat Dret Penal Econòmic en el qual la protecció que el Dret Penal dispensa no ja només en la direcció de protegir els interessos econòmics individuals sinó també els supraindividuals, socials o col·lectius la vida econòmica, és a dir, l'economia política. En l'actualitat, per tant, es defensa un concepte ampli del Dret Penal Econòmic, que engloba en el seu si des dels delictes contra la Hisenda Pública i la Seguretat Social als delictes contra els drets dels treballadors, de revelació de secrets industrials i comercials, de publicitat enganyosa, delictes societaris, etc., dispensant així protecció al que seria un ampli concepte d "ordre socioeconòmic".

No obstant això, l'ordre socioeconòmic no apareix com a bé jurídicament protegit de manera directa. El "ordre socioeconòmic" representaria, doncs, una idea o millor dit, un bé jurídic categorial que s'ha de precisar o concretar-se en interessos o béns jurídics específics en cada tipus delictiu. En concret, els delictes contra la Hisenda Pública i la Seguretat Social, que estableix el títol XIV-amb aquest mateix nom-del llibre II del Codi Penal aprovat per Llei Orgànica 10/1995 de 23 de novembre, articles 305-310, modificats per la Llei orgànica 5 / 2010, de 22 de juny, són unes figures penals que pretenen protegir la Hisenda Pública i la Seguretat Social de determinades conductes que poden fer mal a aquestes institucions:

- Protegir la Hisenda Pública comporta defensar directament els interessos econòmics i patrimonials de l'Estat, tant en l'aspecte recaptatori o d'ingressos públics com en el de despeses públiques o assignació del pressupost. Però aquests delictes protegeixen també altres béns jurídics de forma indirecta com són l'efectivitat dels tributs com a element base del sistema fiscal i el tràfic jurídic documental. En la dimensió de la despesa o aplicació del pressupost (com les subvencions, per exemple) també es

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

protegeixen altres interessos de manera indirecta com són les polítiques socials de l'Estat.

- La protecció de la Seguretat Social, que té també una dimensió de despesa i una altra d'ingrés, es dispensa, en canvi, només en el seu aspecte recaptatori i no en el dedespesa, com poden ser els fraus de prestacions, que podran reconduir a altres tipus penals com l'estafa dels articles 248 i següents del Codi Penal o l'apropiació indeguda dels articles 252 i següents del Codi. A més de l'interès patrimonial de la Seguretat Social, es protegeix indirectament la pròpia igualtat de les empreses en termes de competitivitat en relació a les obligacions i despeses socials.

II. CLASSES

Vegem, doncs, aquests dos grans grups de delictes.

1. Delictes contra la Hisenda Pública

a) Delicte fiscal bàsic

Aquest delicte, també anomenat de defraudació tributària, es recull en l'article 305 del Codi Penal i protegeix a la Hisenda Pública pel que fa a la dimensió recaptadora (ingressos de la Hisenda Pública), castigant el frau en el pagament dels tributs.

En el delicte pot incórrer, com a subjecte actiu:

- L'obligat tributari o subjecte passiu principal, que és el contribuent.
- El retenidor, que és la persona jurídica (societats) o física (individus) que per les seves funcions intervingui en actes o operacions en els quals deu, per expressa disposició legal, efectuar la retenció o percepció del tribut corresponent.
- El substitut del contribuent és el subjecte passiu que, per imposició de la Llei i en el lloc d'aquell, està obligat a complir les prestacions materials i formals de l'obligació

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

tributària, sense perjudici que pugui repercutir al contribuïent l'import del gravamen .

El subjecte passiu del delictes és la hisenda pública estatal, autonòmica, foral o local.

Es castiga a qui, per acció o omissió, defraudi la hisenda pública estatal, autonòmica, foral o local, eludint el pagament de tributs, quantitats retingudes o que s'hagin hagut de retenir o ingressos a compte de retribucions en espècie obtenint indegudament devolucions o gaudint beneficis fiscals de la mateixa manera, sempre que la quantia de la quota defraudada, l'import no ingressat de les retencions o ingressos a compte o de les devolucions o beneficis fiscals indegudament obtinguts o gaudits excedeixi de centvint mil euros, serà castigat amb la pena de presó d'un a cinc anys i multa del tant al sextuple de la quantia esmentada, d'acord amb la redacció donada a aquest precepte per la Llei orgànica 5 / 2010, de 22 de juny.

Les conductes consisteixen en:

- Eludir:

- El pagament de tributs.
- El pagament de quantitats retingudes o que s'haurien hagut de retenir.
- El pagament d'ingressos a compte de retribucions en espècie.

- Obtenir:

- Devolucions indegudament.
- Beneficis fiscals indegudament (bonificacions, reduccions, deduccions, desgravacions o exempcions).

La conducta és defraudar per acció (fent fraudulentament la declaració o gestió

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

tributària) i per omissió (no realitzant la declaració obligatòria en cas de ser exigida per la normativa tributària), és a dir, causar un dany patrimonial a la Hisenda Pública mitjançant engany.

La conducta es refereix a un tribut, entès com a concepte genèric que comprèn impostos, taxes i contribucions especials. No abasta interessos, recàrrecs, costes d'execució o sancions tributàries. El concepte de tribut avarca tota classe d'exacció legal respecte de la que existeix un deure de satisfer el seu pagament en el termini i això resulta d'examinar la llista dels subjectes passius de la infracció: La Hisenda Pública estatal, autonòmica, foral o local. Tribut és el concepte tècnic que compren impostos, taxes i contribucions.

El resultat és defraudar efectivament al fisc, però només serà delicte si la quantia de la quota defraudada, l'import no ingressat de les retencions o ingressos a compte o de les devolucions o beneficis fiscals indegudament obtinguts o gaudits, excedeix de 120.000 euros.

Per determinar aquesta quantitat cal tenir en compte dues regles:

- Si es tracta de tributs, retencions, ingressos a compte o devolucions, periòdics o de declaració periòdica, es al que s'ha defraudat en cada període impositiu o de declaració, i si aquests són inferiors a dotze mesos, l'import del que s'ha defraudat es referirà a l'any natural.
- En els altres supòsits la quantia s'entendrà referida a cadascun dels diferents conceptes pels quals un fet imposable sigui susceptible de liquidació. Només es castiga la comissió dolosa dels fets, és a dir, l'actuació o omissió intencional i sabent la defraudació realitzada. No es castiga penalment el descuit o la negligència, encara que fos greu, que tindran conseqüències sancionadores administratives, però no el càstig criminal.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

La pena és de presó d'un a cinc anys i multa del tant al sèxtuple de la quantia defraudada, d'acord amb l'elevació de pena imposada per la modificació del precepte operada per la Llei orgànica 5 / 2010, de 22 de juny. A més de les penes assenyalades, s'ha d'imposar al responsable la pèrdua de la possibilitat d'obtenir subvencions o ajuts públics i del dret a gaudir dels beneficis o incentius fiscals durant el període de tres a sis anys.

Excusa absolutòria. L'apartat 4t de l'article 305 definit, amb la finalitat de promoure el pagament voluntari de les quantitats defraudades, estableix que quedarà exempt de responsabilitat penal qui regularitzi la seva situació tributària, en relació amb els deutes a què es refereix l'apartat primer d'aquest article, abans que se li hagi notificat per l'Administració tributària la iniciació d'actuacions de comprovació tendents a la determinació dels deutes tributaris objecte de regularització, o en el cas que aquestes actuacions no s'hagin produït, la regularització sigui abans que el Ministeri Fiscal, l'advocat de l'Estat o el representant processal de l'Administració autonòmica, foral o local de què es tracti, presenti una querella o denúncia dirigida contra aquell, o quan el Ministeri Fiscal o el jutge d'instrucció duguin a terme actuacions que li permetin tenir coneixement formal de la iniciació de diligències.

L'exempció de responsabilitat penal que estableix el paràgraf anterior afecta igualment les possibles irregularitats comptables o altres falsedats instrumentals que, només en relació al deute tributari objecte de regularització, es podien haver comès amb caràcter previ a la regularització de la seva situació tributària.

b) Delicte fiscal agreujat

L'article 305 apartat 1r paràgraf segon del Codi Penal preveu un tipus més greu de delicte fiscal quan concorri en l'acció delictiva alguna de les següents circumstàncies:

- La utilització de persona o persones interposades de manera que quedi

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

oculta la identitat del veritable obligat tributari.

- L'especial transcendència i gravetat de la defraudació atenent l'import del que s'ha defraudat o a l'existència d'una estructura organitzativa que afecti o pot afectar una pluralitat d'obligats tributaris.

Les penes seran les del paràgraf anterior en la meitat superior d'acord amb la modificació penològica operada per la Llei orgànica 5 / 2010, de 22 de juny.

c) Delicte de frau de subvencions

A diferència dels delictes anteriors, l'article 308 del Codi Penal preveu una conducta criminal que tracta de protegir l'aplicació de despesa de la Hisenda Pública, que ha d'estar presidida per una distribució equitativa dels recursos públics en un sistema regulat, ordenat i just de les subvencions o desgravacions.

L'objecte del delicte són les ajudes públiques, com les subvencions, les desgravacions, els premis o les primes. Estaran exclosos els beneficis fiscals, que s'integren en el delicte anterior.

L'acció té dues modalitats:

- En la primera es pena a qui obtingui subvencions, desgravacions o ajudes de les administracions públiques de més de cent vint mil euros falsejant les condicions requerides per a la seva concessió o ocultant les que l'haguessin impedit ha de ser castigat amb la pena de presó d'un a cinc anys i multa del tantal sèxtuple del seu import.

Per determinar la quantitat defraudada s'estarà a l'any natural i haurà de tractar de subvencions obtingudes per al foment de la mateixa activitat privada subvencionable, encara que procedeixin de diferents administracions o entitats

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

públiques. Ha de tractar-se de requisits essencials que hagin estat determinants de la concessió de l'ajut.

- En la segona modalitat s'imposa pena a qui, en el desenvolupament d'una activitat subvencionada amb fons de les administracions públiques l'import superi els cent vint mil euros, incompleixi les condicions establertes alterant substancialment els fins per als quals la subvenció va ser concedida, tal com han resultat modificats aquests dos paràgrafs per la Llei orgànica 5 / 2010, de 22 de juny. Com veiem, aquí el precepte només es refereix a les subvencions, ja que només en el marc d'aquestes, com ajudes públiques per a la realització d'una activitat, té sentit imposar condicions i finalitats a les mateixes. Les condicions incomplertes han de ser substancials, és a dir, que entrin en l'essència de la política, essència o finalitat social o econòmica de la subvenció.

El resultat és l'efectiva defraudació de la Hisenda Pública en el cas de la primera modalitat d'acció. La segona modalitat d'acció és mera activitat, ja que no fa falta cap resultat sinó només la mera alteració dels fins, quan això repercuteix en el bé jurídic protegit, que és una política justa i equitativa de les subvencions.

En qualsevol dels casos, perquè sigui delictiu cal que l'interès econòmic de què es tracti superi l'import de 120.000 euros, fixats per la reforma esmentada, enfront dels 80.000 euros, establerts amb anterioritat.

Per la determinació de la quantia del defraudat es tindrà en compte el rebut durant l'any natural qualsevol que sigui la font o Administració que hagi concedit les subvencions, desgravacions o ajudes.

La conducta ha d'estar dirigida a obtenir una subvenció, desgravació o ajuda per part de qualsevol Administració Pública amb la condició objectiva de punibilitat que superi els 120.00 euros. Està clar que és un delictiu de resultat que admet la temptativa però al ser de pròpia mà descarta la complicitat encara que pot admetre la cooperació necessària i

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

la coautoria. No es requereix dol específic i la llei prevé la modalitat culposa, encara que pot haver l'error excusable.

El delicte castiga només la conducta dolosa, és a dir, l'actuació fraudulenta conscient i voluntària de l'autor.

Excusa absolutòria. Igual que en el delicte fiscal, i amb la mateixa finalitat d'obtenir el restabliment patrimonial de la Hisenda Pública, l'article 308 apartat 4t estableix que quedarà exempt de responsabilitat penal, en relació amb les subvencions, desgravacions o ajudes a què es refereix el precepte tractat, el que reintegri les quantitats rebudes, incrementades en un interès anual equivalent a l'interès legal dels diners augmentat en dos punts percentuals, des del moment en què les va percebre, abans que se li hagi notificat la iniciació d'actuacions d'inspecció o control en relació amb aquestes subvencions, desgravacions o ajudes o, en el cas que aquestes actuacions no s'hagin produït, el reintegrament sigui abans que el Ministeri Fiscal, l'advocat de l'Estat o el representant de l'Administració autonòmica o local de què es tracti presenti una querrela o denúncia dirigida contra ell.

L'exempció de responsabilitat penal que estableix el paràgraf anterior afecta també a l'autor per les possibles falsedats instrumentals que, exclusivament en relació al deute objecte de regularització, pugui haver comès amb caràcter previ a la regularització de la seva situació.

d) Delicte comptable

En l'article 310 del Codi Penal castiga una sèrie de conductes la cabuda en el dret penal només es justifica a ser actuacions que serveixen per preparar el delicte de defraudació tributària, de manera que per prevenir amb més eficàcia el delicte fiscal s'avança el Dret Penal a castigar aquests actes preparatoris.

L'acció és la del que estant obligat per llei tributària a portar comptabilitat mercantil,

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

llibres o registres fiscals, cometi alguna de les següents conductes:

- Incompleixi absolutament aquesta obligació en règim d'estimació directa de bases tributàries. Absolutament vol dir que no existeixi cap tipus de comptabilitat, el que redueix l'aplicació del precepte doncs és fàcil que algun tipus de comptabilitat pugui existir, encara rudimentària i normativament insuficient. La no gestió s'ha de referir a tot el període impositiu. Està exclòs el subjecte passiu tributari sotmès al règim d'estimació objectiva singular.
- Porti comptabilitats diferents que, referides a una mateixa activitat i exercici econòmic, ocultin o simulin la verdadera situació de l'empresa. En aquest cas l'acció només la pot cometre un empresari en el qual, a més, concorre una finalitat específica d'ocultació de la situació real de l'empresa.
- No hagi anotat als llibres obligatoris negocis, actes, operacions o, en general, transaccions econòmiques, o els hagués anotat amb xifres diferents de les veritables, o ha practicat en els llibres obligatoris anotacions comptables fictícies. Es tracta doncs de conductes d'omissió (les primeres) i d'acció (les segones).

En els dos últims casos, perquè els fets siguin delictes cal que s'hagin omès les declaracions tributàries o que les presentades siguin reflex de la seva falsa comptabilitat que la quantia, en més o menys, dels càrrecs o abonaments omesos o falsejats passi, sense compensació aritmètica entre ells, de 240.000 euros per cada exercici econòmic.

La pena és de presó de cinc a set mesos.

El subjecte actiu dels pressupostos normatiu de totes aquestes modalitats delictives que preveu aquest article, que el subjecte actiu estigui obligat per llei a portar comptabilitat mercantil o llibres o registres fiscals. Això significa que es precís indagar a prop de cada tribut en que cas es obligatòria la comptabilitat o registres fiscals per saber si el delictes s'ha comés o no. Si s'omet el deure respecte de varis tributs, haurà concurs de delictes. Si es tracta d'una persona jurídica, al marge del que li correspon pagar per la sanció

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

econòmica, respondrà l'empleat que hagi comés el delicte. Es d'aplicació el disposat a l'article 31 del Codi Penal.

e) Defraudació a la Hisenda de la Comunitat Europea

El Conveni establert sobre la base de l'article K.3 del Tractat de la Unió Europea, relatiu a la protecció dels interessos financers de les Comunitats Europees, fet a Brussel·les el 26 de juliol de 1995 (que va entrar en vigor a Espanya el dia 17 d'octubre de 2002), obliga els estats membres a prendre mesures per castigar de manera eficaç els fraus de fons comunitaris. En compliment del conveni, la Llei Orgànica 15/2003 de 25 de novembre ha portat el Codi Penal de 1995 els articles 306 i 309 contenint diversos tipus delictius que castiguen fraus comunitaris en les dues versions d'ingrés i despesa de la Hisenda Comunitària, i en els articles 627 i 628 uns comportaments més lleus considerats falta.

Delictes:

- Tipus de protecció dels ingressos comunitaris. En l'article 306, modificat per la Llei orgànica 5 / 2010, de 22 de juny estableix que el que per acció o omissió defraudi els pressupostos generals de la Unió Europea o altres administrats per aquesta, en quantia superior a cinquanta mil euros, eludint el pagament de quantitats que s'hagin d'ingressar ha de ser castigat amb la pena de presó d'un a cinc anys i multa del tant al sèxtuple de la quantia esmentada.

- Tipus de protecció de les despeses o aplicacions dels pressupostos comunitaris. Es troben en el mateix article 306 i l'article 309, castigant les següents modalitats:

- A qui donés als fons obtinguts una aplicació diferent d'aquella a què estiguin destinats.

- A qui El que obtingui indegudament fons dels pressupostos generals de la Unió Europea o altres administrats per aquesta, en quantia superior a cinquanta mil

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

euros, falsejant les condicions requerides per a la seva concessió o ocultant les que l'haguessin impedit ha de ser castigat amb la pena de presó d'un a cinc anys i multa del tant al sèxtuple de la quantia esmentada, tal com ha quedat redactat el precepte després de la modificació operada per la Llei orgànica esmentada.

Les quantitats que deuen ser ingressades és una expressió excessivament ampla perquè no delimita l'àmbit de la responsabilitat penal més si l'omissió no es refereix als pressupostos generals, la conducta és atípica. Per sota del límit quantificat la infracció tindrà caràcter administratiu,

Falta penal:

- Tipus de protecció dels ingressos comunitaris. L'article 627 del Codi Penal imposa una pena a qui defraude a la Hisenda de la Comunitat Europea més de 4.000 euros, per qualsevol dels procediments descrits en l'article 305 que hem estudiat.

La pena és de multa un a dos mesos.

Concordances amb els articles 305, 306 i 309 del Codi Penal.

Tipus de protecció de la despesa o aplicacions dels pressupostos comunitaris.

L'article 628 del Codi Penal castiga el qui defraudi als pressupostos generals de la Comunitat Europea, o altres administrats per aquesta, o obtingui indegudament fons d'aquestes, per algun dels procediments descrits en l'apartat anterior quan la quantia superi els 4.000 euros.

La pena és de multa d'un a dos mesos.

Té concordances amb els articles 306 i 309 del Codi Penal.

2. - DELICTES CONTRA LA SEURETAT SOCIAL

a) Delicte bàsic de frau a la Seguretat Social

Els comportaments criminalitzats en relació amb la Seguretat Social es contenen en l'article 307 del Codi Penal, l'anàlisi és el següent:

Aquest article es molt similar l'article 305 i podria ajuntar-se en una sola disposició legal. Té només dues diferències : Per l'exacció no es parla més de la denuncia o querella del Ministeri Públic o del lletrat de la Seguretat Social sense mencionar l'actuació judicial.

- En el delicte pot incórrer, com a subjecte actiu, aquell que és responsable del compliment de l'obligació de cotitzar a la Seguretat Social. Això exclou com a subjecte actiu del delicte al treballador, ja que si bé en el règim general de la Seguretat Social, i d'acord amb l'article 103 del Reial Decret Legislatiu 1 / 1994 de 20 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei General de la Seguretat Social, està obligat a cotitzar (juntament amb l'empresari), no és, però, responsable de fer-ho, ja que només l'empresari ho és, per disposició de l'article 104 d'aquesta norma. En canvi en els règims especials sí que hi ha supòsits en què el treballador és responsable de la cotització i pot ser subjecte actiu del delicte, el que farà necessari tenir en compte en cada cas concret la normativa del concret règim de Seguretat Social en què es conciten els fets.

- El subjecte passiu és la Tresoreria General de la Seguretat Social, com a organisme que, conforme a l'article 18, del Reial Decret Legislatiu 1 / 1994 de 20 de juny indicat, i sota el principi de caixa única del sistema de la Seguretat Social, portarà a terme la gestió recaptadora dels recursos d'aquesta, tant voluntària com executiva, sota la direcció, vigilància i tutela de l'Estat.

- Es castiga a qui, per acció o omissió, defraudi la Seguretat Social eludint el pagament de les quotes d'aquesta i conceptes de recaptació conjunta, obtenint indegudament devolucions d'aquestes o gaudint de deduccions per qualsevol concepte així mateix de

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

forma indeguda, sempre que la quantia de les quotes defraudades o de les devolucions o deduccions indegudes passi de cent vint mil euros ha de ser castigat amb la pena de presó d'un a cinc anys i multa del tant al sèxtuple de la quantia esmentada, d'acord amb la modificació d'aquest precepte operada per la Llei orgànica 5 / 2010, de 22 de juny. La conducta castigada té dues grans modalitats:

- La conducta de defraudar per acció (realitzant una gestió fraudulenta) o per omissió (no realitzant el pagament corresponent), és a dir, causar un dany patrimonial a la Seguretat Social mitjançant engany en la recaptació de quotes o conceptes de recaptació conjunta. Comprèn, doncs, dos objectes:

1. Les quotes, que inclou tant les que, en el règim general de la Seguretat Social, ha de pagar l'empresari com les que són a càrrec del treballador, i també comprèn les primes d'accidents de treball i les primes de malaltia professional.

2. Els conceptes de recaptació conjunta són altres conceptes com les aportacions al Fons de Garantia Salarial, a formació professional, cotitzacions durant la situació d'atur i altres que puguin establir en el futur.

- La segona modalitat és l'obtenció indeguda de devolucions. Es refereix a les devolucions l'article 23.1 del Reial Decret Legislatiu 1 / 1994 de 20 de juny indicat, establint que les persones obligades a cotitzar o al pagament d'altres deutes amb la Seguretat Social objecte de gestió recaptadora per l'Administració de la Seguretat Social, tindran dret, en els termes i supòsits que reglamentàriament es fixin, a la devolució total o parcial de l'import dels ingressos que per error s'hagin realitzat.

- La tercera modalitat és el gaudi indegut de deduccions. Caldrà estar a la normativa específica que regula la deducció de què es tracti (per exemple el Reial Decret 1415/2004, de 11 de juny, pel qual s'aprova el Reglament General de Recaptació de la Seguretat Social) i que establirà els requisits d'accés a les mateixes, aconseguides en aquest cas de forma fraudulenta.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

El resultat és defraudar efectivament a la Seguretat Social, però només serà delictes si la quantia defraudada excedeix de 120.000 euros. Per determinar aquesta quantia es al que s'ha defraudat en cada liquidació, devolució o deducció, referint-se any natural l'import del que s'ha defraudat quan aquelles corresponguin a un període inferior a dotze mesos.

Només es castiga la comissió dolosa dels fets, és a dir, la realitzada de forma intencional i sabent, com d'altra banda és lògic es tracta d'una defraudació que és essencialment maliciosa. No es castiga penalment el descuit o la negligència, encara que fos greu, que tindrà conseqüències sancionadores administratives.

Excusa absolutòria. D'acord amb l'article 307 apartat 3r, i amb la finalitat d'afavorir la restitució voluntària del menyscapse econòmic a la Seguretat Social, es preveu que quedarà exempt de responsabilitat penal qui regularitzi la seva situació davant la Seguretat Social abans que se li hagi notificat la iniciació d'actuacions inspectores dirigides a la determinació d'aquestes deutes o, en cas que aquestes actuacions no s'hagin produït, abans que el Ministeri Fiscal o el lletrat de la Seguretat Social s'interposin querella o denúncia pels fets.

L'exempció de responsabilitat penal que estableix el paràgraf anterior afecta igualment el subjecte per les possibles falsedats instrumentals que, exclusivament en relació al deute objecte de regularització, pugui haver comès amb caràcter previ a la regularització de la seva situació.

b) Delictes agreujats de defraudació a la Seguretat Social

L'article 307 apartat 1r paràgraf segon del Codi Penal preveu un tipus més greu de delictes contra la Seguretat Social quan concorrin en l'acció delictiva les següents circumstàncies:

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

"Les penes assenyalades en el paràgraf anterior s'apliquen en la meitat superior quan la defraudació es cometi mentre es dóna alguna de les circumstàncies següents:

- a) La utilització de persona o persones interposades de manera que quedi oculta la identitat del verdader obligat davant la Seguretat Social.

- b) L'especial transcendència i gravetat de la defraudació atenent l'import del que s'ha defraudat o a l'existència d'una estructura organitzativa que afecti o pugui afectar una pluralitat d'obligats davant la Seguretat Social.

Tot això d'acord amb la modificació d'aquest paràgraf operada per la Llei orgànica esmentada.

Només es comet mitjançant les formes previstes en el tipus penal. Altre defraudacions a la Seguretat Social poden constituir delictes d'estafa es el cas de falsejar receptes obtenen medicaments sense abonar la quantitat.

El fet de no pagar a la Seguretat Social sin cap cosa més pot no representar un il·lícit penal si no es realitza cap maniobra d'ocultació que pugui perjudicar la feina inspectora.

En conclusió partint del deure de declarar i pagar o ingressar , la conducta típica defraudar eludint exigeix el desenvolupament d'accions o omissions que provoquin la ocultació dels fets rellevants, tributàriament o en relació a l'ingrés de les quotes o conceptes de recaptació conjunta a la Seguretat Social.

Tot això segons jurisprudència pot produir-se mitjançant la mera omisió de la declaració o bé amb una declaració incompleta doncs tant una com altra oculten la realitat i en aquest sentit suposen una defraudació (STS 1046/2009 de 27/10).

3. Responsabilitat de persones jurídiques

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Finalment convé assenyalar que aquesta Llei orgànica ha introduït un article 310 bis amb la redacció següent:

"Quan d'acord amb el que estableix l'article 31 bis una persona jurídica sigui responsable dels delictes recollits en aquest títol, es li han d'imposar les penes següents:

- a) Multa del doble al quàdruple de la quantitat defraudada o indegudament obtinguda, si el delicte comès per la persona física té prevista una pena de presó de més de dos anys.
- b) Multa de sis mesos a un any, en els supòsits recollits en l'article 310. Ateses les regles que estableix l'article 66 bis, els jutges i tribunals podran així mateix imposar les penes recollides en les lletres b) a g) de l'apartat 7 de l'article 33. "

En aquest article dedicat a la punibilitat de les persones jurídiques es senyalen les penes a imposar-les en relació amb la gravetat de la presó amb la que es castiga a les persones físiques que actuen en nom i representació de elles hagin comés delictes amb el propòsit i resultat sigui afavorir els seus interessos. Són també d'aplicació els articles 33 i 66.

3.- DELICTES CONTRA ELS DRETS DELS TREBALLADORS

I. CONCEPTE, BÉ JURÍDIC PROTEGIT I ELEMENTS GENERALS

1.- Concepte i bé jurídic protegit

El títol XV del Codi Penal aprovat per la Llei Orgànica 10/1995 de 23 de novembre, amb el nom "Dels delictes contra els drets dels treballadors", articles 311 a 318, regula una sèrie de conductes que formen part de l'anomenat Dret Penal del Treball, un sector del Dret Penal que pretén que les més intolerables agressions als drets dels treballadors, tinguin un tractament punitiu.

S'obre camí així al que la jurisprudència denomina delictes d'explotació, socials, o laborals. Es tracta, en definitiva, de protegir i reforçar els drets del treballador reconeguts tant en les lleis generals, començant amb la Constitució (articles 1, 7, 14, 28 i 35), com en les normes particulars com és el contracte de treball. En definitiva, es tracta de protegir d'una banda l'interès de l'Estat a què es respectin les condicions mínimes de vida professional dels treballadors, i d'altra banda també es protegeix, i fonamentalment, els drets individuals del ciutadà derivats de la seva condició de treballador.

Béns com la tutela de la llibertat en el treball, l'estabilitat en l'ocupació, el mercat legal de mà d'obra, la igualtat en les relacions laborals, la llibertat sindical i el dret de vaga i la salut o integritat física dels treballadors pretenen ser protegits pels tipus penals que analitzarem. Aquest seria el bé jurídic que podem anomenar categorial, és a dir, comú a tots els delictes. En tractar cada un d'ells concretarem quina parcel·la o aspecte és el que específicament protegeix el precepte analitzat.

Però el component predominantment col·lectiu del bé jurídic protegit fa que encara que hi hagi diversos treballadors víctimes d'una mateixa acció criminal s'aprecii un únic delictes i no tants com afectats com passaria si el bé jurídic protegit fora individual. Encara que sembla que aquest Títol XV contindria tots els tipus penals de protecció del treballador, en altres llocs del Codi Penal de 1995 es recullen conductes que pretenen

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

protegir determinats interessos importants per al treballador. Així, per exemple l'article 257 que protegeix els drets econòmics dels treballadors en els supòsits de declaracions de concursos il·lícits en les empreses i societats, o en el cas de l'article 307 que preveu com a delicte determinades conductes de defraudació a la Seguretat Social, de essencial interès per als drets socials dels treballadors.

2. Elements generals

· A) Sense perjudici de la concreció que es produirà en analitzar els delictes, podem dir amb caràcter general que quan el subjecte actiu d'aquests delictes és l'empresari, s'ha d'entendre com a tal tant l'empresari individual (particular o professional) com al col·lectiu, ja sigui una societat de naturalesa civil o mercantil, o qualsevol ens col·lectiu com a grups d'empreses, unions temporals d'empreses, partits polítics, cooperatives, sindicats, entitats del Dret públic (Estat, comunitats autònomes, corporacions locals, entitats Locals menors, organismes Autònoms, Institucionals, Agències Públiques, etc).

Però per afavorir el càstig de qualsevol intervenció conscient en la comissió dels fets, ampliant així l'eficàcia del precepte, l'article 318 del Codi Penal estableix que quan els fets s'atribueixin a persones jurídiques, s'imposarà la pena assenyalada als administradors o encarregats del servei que hagin estat responsables dels mateixos i als qui, coneixent-los i podent remeiar, no hagin adoptat mesures per a això. És a dir, l'autor no serà necessàriament el representant legal de la societat o ens societari sinó que pot ser-ho qualsevol responsable del treballador que tenint coneixement de la situació i van poder evitar-la o posar-hi remei no ho ha fet o almenys intentat.

En alguns supòsits, com veurem (apartats 3 i 4), subjecte actiu pot ser qualsevol persona.

· B) El subjecte passiu en aquests delictes és comú a tots ells, i no és altre que el treballador o treballadors com a éssers humans que modifiquen amb el seu esforç i treball el món exterior, desenvolupant una activitat realitzada en condicions singulars de

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

productivitat, alienat i llibertat, ja desenvolupin funcions públiques o privades, siguin nacionals o estrangers.

No és descartable com a subjecte passiu en determinats delictes (per exemple delictes contra la llibertat sindical i de vaga) al personal estatutari.

· C) Finalment assenyalar que el caràcter indisponible i irrenunciable dels drets laborals bàsics determina la irrellevància del consentiment del treballador.

II. DELICTES D'IMPOSICIÓ DE CONDICIONS IL·LEGALS DE TREBALL

L'article 311 preveu delictives una sèrie d'accions que imposen i mantenen unes condicions il·legals de treball. L'acció central és actuar amb engany o abús de situació de necessitat per imposar als treballadors al seu servei condicions laborals o de Seguretat Social que perjudiquin, suprimeixin o restringeixin els drets que tinguin reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual.

La Llei Orgànica 14/2022, de 22 de desembre, de transposició de directives europees i altres disposicions per a l'adaptació de la legislació penal a l'ordenament de la Unió Europea, que va entrar en vigor el dia 12 de gener de 2023, ha afegit el següent apartat 2 a l'article 311 del Codi Penal quedant de la següent manera:

Seràn castigats amb les penes de presó de sis mesos a sis anys i multa de sis a dotze mesos:

1r Els que, mitjançant engany o abús de situació de necessitat, imposin als treballadors al seu servei condicions laborals o de Seguretat Social que perjudiquin, suprimeixin o restringeixin els drets que tinguin reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual.

2n Els que imposin condicions il·legals als seus treballadors mitjançant la seva contractació sota fórmules alienes al contracte de treball, o les mantinguin en contra de requeriment o

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

sanció administrativa.

3r Els que donin ocupació simultàniament a una pluralitat de treballadors sense comunicar-ne l'alta en el règim de la Seguretat Social que correspongui o, si escau, sense haver obtingut la corresponent autorització de treball, sempre que el nombre de treballadors afectats sigui al menys de:

- a) el vint-i-cinc per cent, a les empreses o centres de treball que ocupin més de cent treballadors,
- b) el cinquanta per cent, a les empreses o centres de treball que ocupin més de deu treballadors i no més de cent, o
- c) la totalitat dels mateixos, a les empreses o centres de treball que ocupin més de cinc i no més de deu treballadors.

4t Els que en el supòsit de transmissió d'empreses, amb coneixement dels procediments descrits en els apartats anteriors, mantinguin les condicions esmentades imposades per un altre.

5è Si les conductes ressenyades als apartats anteriors es duen a terme amb violència o intimidació s'imposaran les penes superiors en grau.

L'anàlisi d'aquest delicte és el següent:

- A) El subjecte actiu del delicte és l'empresari, individual o col·lectiu. En el cas de l'empresari col·lectiu, respondrà el representant legal de l'ens societari o empresarial o el responsable de l'empresa que hagi tingut la intervenció necessària per poder atribuir-li les característiques que disciplinen l'autoria d'aquest delicte (hem de remetre'ns al que s'ha dit més amunt) .

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

- B) L'acció és imposar una sèrie de condicions mitjançant engany o abús de necessitat.

1. Per imposar hem d'entendre obligar, actuar contra la veritable voluntat del treballador. Si l'acceptació de les condicions de treball és lliure i voluntària pel treballador no es cometrà aquest delictes, encara que hi pugui haver infraccions de tipus administratiu. El transcendent és suprimir la llibertat del treballador a l'hora de la contractació.

2. Aquesta imposició es produeix mitjançant engany és a dir, ocultant o alterant la realitat maliciosament perquè el treballador incorri en error respecte a les veritables condicions de treball a què és sotmès, o el que és el mateix acció i efecte de fer creure a algú amb paraules o de qualsevol altra manera, cosa que no és veritat. L'engany ha de ser bastant, suficient i proporcional.

3. També es produeix la imposició aprofitant-se d'una situació de necessitat del treballador, el que equivaldria a fer un ús excessiu o indegut de l'especial posició de força que normalment té l'empresari, unit a l'especial necessitat de l'ocupació o precarietat en què es troba el treballador.

Hi ha una modalitat agreujada en l'apartat 3r de l'article 311 quan les conductes ressenyades en els apartats anteriors es duen a terme amb violència o intimidació, és a dir mitjançant maltractament d'obra, agressió, coaccions o amenaces. En aquest cas no només es castigarà aquest delictes sinó també les conseqüències que l'ús de la violència pugui comportar per a la salut, concorrent aquest delictes amb el delictes o falta de lesions que constitueixi el resultat lesiu ocasionat.

- C) El resultat és la imposició de condicions laborals o de Seguretat Social perjudicials i il·legals, per restringir o suprimir drets. Pel que fa a què hem d'entendre per condicions laborals i de Seguretat Social, es tracta d'una norma penal en blanc, és a dir, que el Codi Penal ens remet a la legislació específica laboral i de Seguretat Social per a la determinació de quines són aquestes condicions d'acord a aquesta regulació especial, i també a les condicions individuals de treball ja en convenis col·lectius, ja en contractes

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

individuals de treball, de manera que s'estén extraordinàriament el camp d'actuació del dret penal. En no pocs casos es produirà una situació de perjudicialitat, és a dir, que prèviament a determinar si s'ha comès un delicte, pot haver de enjudiciar el contingut i configuració legal d'una determinada norma o condició de treball o de Seguretat Social (com poden ser l'assistència sanitària, recuperació professional, prestacions econòmiques en situacions d'incapacitat laboral transitòria, invalidesa, jubilació, atur, les econòmiques de protecció a la família, els serveis socials, assistència social, etc.).

El delicte es consuma amb la imposició de les condicions desfavorables i il·legals, sense que sigui necessari que romanguin en el temps, i fins i tot sense que s'arribi a produir un perjudici efectiu al treballador.

El caràcter permanent del delicte que es perllonga mentre persisteix la relació il·lícita, suposa fixar l'inici de la prescripció en el moment de cessament de la situació. És, doncs, un delicte instantani i d'efectes permanents.

· D) Pel que fa a la pena, és de presó de sis mesos a tres anys i multa de sis a dotze mesos (cada dia a raó d'una quota de dos euros, a quatre-cents euros segons la capacitat econòmica del condemnat -article 50.4 del Codi Penal-. Si s'utilitza la violència o la intimidació, la pena seria la superior en grau, és a dir, la de presó passa a ser de tres anys i un dia a quatre anys i mig, i la de multa passa a ser de dotze mesos i un dia a divuit mesos.

· E) Finalment aquests delictes són dolosos, és a dir, han cometre els fets conscientment, amb malícia, sabent. La pròpia naturalesa dels fets castigats en què s'empra engany i abús de circumstàncies de necessitat per imposar les condicions il·legals és incompatible amb que aquesta acció es pugui cometre per descuit o negligència.

III. DELICTE DE TRÀNSIT IL·LEGAL DE MÀ D'OBRA

Recollit aquest delicte en l'article 312 del Codi Penal, castiga a qui trafiquin de manera il·legal amb mà d'obra o reclutin persones o les determinin a abandonar el seu lloc de treball oferint feina o condicions de treball enganyoses o falses, i els qui utilitzin súbdits estrangers sense permís de treball en condicions que perjudiquin, suprimeixin o restringeixin els drets que tinguin reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual.

L'anàlisi del delicte és el següent:

- A) Respecte al subjecte actiu, pot ser qualsevol, sense que calgui la condició d'empresari. És, per tant, un delicte comú.

- B) Com és fàcil d'advertir, pel que fa a l'acció, hi ha dues modalitats:

1. D'una banda és el tràfic il·legal de mà d'obra. Es castiga en aquest tipus penal la col·locació de treballadors al marge dels mecanismes legals, és a dir, la infracció de la normativa vigent en matèria de contractació de mà d'obra. Fonamentalment la Llei 10/1994, de 19 de maig, sobre mesures urgents de foment de l'ocupació. Aquesta normativa es basa d'una banda en l'existència d'uns serveis públics d'ocupació estatal i autonòmics, que són serveis oficials de col·locació de treballadors públics i gratuïts, no estant permesa l'existència d'agències de col·locació lucratives, i les no lucratives estar degudament autoritzades. D'altra banda es regula la cessió temporal de treballadors a altres empreses regulant les anomenades empreses de treball temporal (vulgarment conegudes com ETT). En aquest cas no es té en compte tant el perjudici del treballador en el cas concret com el sistema global de contractació laboral, atès que es pot cometre el delicte encara que en un supòsit determinat el treballador hagi resultat beneficiat. Cal traficar, comerciar, és a dir, la mediació habitual no autoritzada de contractes de treball presidida per un ànim de lucre, trencant el control administratiu. Ara bé, perquè la conducta d'infracció d'aquesta normativa

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

sigui penalment castigable, cal alguna cosa més que la mera infracció de la normativa, i aquesta cosa més és que es posi en perill els drets dels treballadors, com pot ser el perjudici a les legítimes expectatives de treball, ja que si no hi ha una mera infracció administrativa d'acord amb el text refós de la Llei sobre infraccions i sancions en l'ordre social, aprovat pel Reial decret legislatiu 5 / 2000, de 4 d'agost.

2. D'altra banda es castiga a qui reclutin persones o les determinin a abandonar el seu lloc de treball oferint feina o condicions de treball enganyoses o falses, i els qui utilitzin súbdits estrangers sense permís de treball en condicions que perjudiquin, suprimeixin o restringeixin els drets que tinguessin reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual. Es tracta d'una mena de conducta d'estafa en la qual no s'exigeix que hi hagi un engany, o abús de situació de necessitat, com en l'article 312, i ha de recaure, necessàriament, sobre mà d'obra estrangera sense permís de treball.

· C) Quant a les penes, els autors d'aquest delicte de tràfic de mà d'obra han de ser castigats amb les penes de presó de dos a cinc anys i multa de sis a dotze mesos.

· D) Les conductes castigades són doloses, és a dir, han cometre els fets conscientment, amb malícia, sabent.

IV. DELICTE DE MIGRACIÓ FRAUDULENTA IL·LEGAL

Preveu l'article 313, castiga diverses formes d'intervenció en migracions il·legals. Per migració laboral pot entendre tot moviment de població entre zones diferents d'un o més països que tenen per causa o finalitat la col·locació o ocupació per compte d'altri. A partir d'aquest concepte general hem de diferenciar entre immigració, que és la portada de persones a Espanya, i l'emigració, en què es produeix el trasllat de la residència fora d'Espanya. D'acord amb la Llei orgànica 5 / 2010, de 22 de juny, per la qual es modifica la

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal, es modifica l'article 313, relatiu a la migració fraudulenta il·legal, en els següents termes: "Qui determini o afavoreixi l'emigració d'alguna persona a un altre país simulant contracte o col·locació, o usant un altre engany semblant ha de ser castigat amb la pena que preveu l'article anterior".

- A) Subjecte actiu d'aquest delicte pot ser qualsevol, donat que no està vinculat el delicte a una relació de treball entre subjecte actiu i passiu. Pot cometre qualsevol persona que executin les diferents modalitats d'accions.
- B) Respecte al subjecte passiu, la doctrina majoritària admet un sol delicte tot i que afecti la immigració a diversos treballadors.
- C) Pel que fa a l'acció, hi ha dos tipus diferents:

1. Conducta d'immigració. La previsió penal té una gran incidència donat l'espectacular increment del fenomen immigratori a Espanya en l'última dècada. El delicte consisteix a realitzar qualsevol acte no només de promoció sinó d'afavoriment d'aquest fenomen. Amb els verbs "promoure" i "afavorir" es tracta de comprendre en el delicte la totalitat de les activitats d'aquest tipus de delinqüència, tota intervenció en aquest tipus de trànsit, per llunyanes que aquestes actuacions estiguin d'aquest. Promoure serà la incitació a tercers perquè realitzin o intervinguin en la realització de tràfic il·legal o la immigració clandestina de persones des de, en trànsit o amb destinació a Espanya. Afavorir és equiparable a ajudar, possibilitat o col·laborar en l'execució per tercers d'aquesta activitat il·lícita.

o 2. Conducta referida a l'emigració. En aquest cas s'exigeix un requisit específic i determinant que és la utilització d'engany, com és la simulació d'un contracte o ocupació o qualsevol altre, atès que el precepte només ressenya algun supòsit específic d'engany deixant obert qualsevol altre semblant als expressament recollits. En aquest cas la conducta ha de

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

"determinar" el resultat o "afavorir" la consecució d'aquest. Que sigui determinant vol dir que és la causa principal i eficient de la decisió d'emigrar. Afavorir és equiparable, com ja vam veure en l'apartat anterior, a auxiliar, però aquí s'ha d'exigir alguna cosa més doncs afavorir en el sentit d'ajudar a qui lliurement emigra no constitueix aquest delicte. Es tracta d'auxiliar utilitzant un procediment enganyós, ja que l'engany és el requisit essencial d'aquesta modalitat.

· D) El resultat és l'emigració o immigració en les condicions previstes en la norma, és a dir, el canvi de residència. No es requereix, però, perjudici del treballador, que fins i tot pot resultar beneficiat. És possible la temptativa, és a dir, la realització per l'autor de l'acció sense que s'arribi a produir el canvi de residència per causes alienes a ell.

· E) El delicte és dolós, per la qual cosa, igual que la resta dels que hem tractat, exigeix obrar amb coneixement i voluntat de cometre els fets i requisits del delicte. No es castiga penalment la forma imprudent, que d'altra banda és de difícil concurrència sobretot en el tipus penal que exigeix una actuació enganyós, que és essencialment maliciós i intencional.

· F) Les penes són de presó de dos a cinc anys i multa de sis a dotze mesos.

V. DELICTE DE DISCRIMINACIÓ LABORAL

Es conté en l'article 314 que tracta de protegir el dret a la igualtat dels treballadors. Per això castiga els que produeixin una greu discriminació en l'ocupació, públic o privat, contra alguna persona per raó de la seva ideologia, religió o creences, la seva pertinença a una ètnia, raça o nació, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, malaltia o minusvalidesa, per ostentar la representació legal o sindical dels treballadors,

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

pel parentiu amb altres treballadors de l'empresa o per l'ús d'alguna de les llengües oficials dins l'Estat espanyol, i no restableixin la situació d'igualtat davant la llei després requeriment o sanció administrativa, reparant els danys econòmics que s'hagin derivat.

El delicte es distribueix en els següents requisits:

- A) El subjecte actiu sembla anar dirigit a l'empresari, públic o privat, atès que només s'entén en aquesta posició de supremacia empresarial la possibilitat de "imposar" una situació discriminatòria s'entén en les condicions directes i indirectes de treball.
- B) L'acció no és la discriminació en el treball que, en principi, no és per si constitutiva de delicte. El que és objecte de càstig penal és la insistència en la discriminació després d'haver estat objecte el subjecte d'un requeriment o sanció administrativa sense que hagi depositat el comportament discriminatori. A més no és suficient qualsevol discriminació, ja que ha de ser greu, és a dir, soscavant les més elementals bases de la igualtat.
- C) La conducta ha de ser dolosa, intencional, no podent castigar si és imprudent, exigència aquesta que és clara d'acord amb l'expressió utilitzada pel precepte de actuar "per raó de" la seva ideologia, religió, etc. El que sembla difícil és que el fet es produeixi per imprudència o negligència, no només per la consideració última, sinó també per haver de mediar un previ requeriment o sanció administrativa, de manera que el subjecte ja coneix que el seu comportament és il·lícit, de manera que si insisteix voluntàriament en la seva continuació l'acció serà dolosa.
- D) Finalment, pel que fa a la pena, els autors han de ser castigats amb la pena de presó de sis mesos a dos anys o multa de 12 a 24 mesos.

VI. DELICTE CONTRA LA LLIBERTAT SINDICAL I EL DRET A LA VAGA

L'article 315 del Codi Penal castiga "1 ... als que mitjançant engany o abús de situació de necessitat impedissin o limitessin l'exercici de la llibertat sindical o el dret de vaga.

2. Si les conductes ressenyades en l'apartat anterior es porten a terme amb força, violència o intimidació s'han d'imposar les penes superiors en grau. 3. Les mateixes penes de l'apartat segon s'han d'imposar als quals, actuant en grup, o individualment però d'acord amb altres, coaccionin altres persones a iniciar o continuar una vaga. "

L'anàlisi és el següent:

- A) Els béns jurídics protegits en concret en aquest tipus penal són els drets constitucionals com són el dret a la llibertat sindical (article 28.1 de la Constitució Espanyola i el dret de vaga (article 28.2 de la Constitució Espanyola). El primer suposa el dret dels individus a fundar sindicats, a afiliar-s'hi a elecció, a donar-se de baixa d'aquest, a no estar sindicat, a exercir les funcions que d'ells és factible esperar d'acord amb el caràcter democràtic de l'Estat. Pel que fa al dret de vaga és el dret dels treballadors per col·locar el contracte de treball en una fase de suspensió i d'aquesta manera limitar la llibertat de l'empresari. Cal excloure de l'aplicació del precepte el tancament patronal.
- B) El subjecte actiu pot ser qualsevol, si bé sembla raonable pensar que el normal és que l'autor sigui l'empresari que lesioni els esmentats drets fonamentals, entès en aquesta configuració àmplia exposada més amunt.
- C) L'acció consisteix a impedir o limitar l'exercici de la llibertat sindical o el dret de vaga. Per "impedir" pot entendre coartar de manera definitiva i permanent l'exercici del dret negant per complet i deixant-lo sense contingut, i per "limitar" impedir parcialment o pertorbar.

1. Respecte a la conducta sobre la llibertat sindical, Podem distingir dues modalitats, una bàsica, que és al paràgraf 1r, que exigeix que l'autor utilitzi

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

engany o abús de situació de necessitat (i hem de remetre'ns a l'anàlisi que vam fer en l'apartat II. 2 d'aquests conceptes) i una altra més greu, paràgraf 2n, que requereix l'ús de força, violència o intimidació. També ens referim en el mateix apartat II.2 als termes "violència" i "intimidació". Quant al terme "força", no sembla que s'hagi inclòs com equiparat al concepte de violència material, sinó que s'ha volgut incloure conductes de força en les coses, és a dir accions que es produeixin amb actes de trencament de mobles o immobles, que té un caràcter intimidatori o coaccionant indirecte proper a l'amenaça o coacció.

2. Quant a la conducta respecte a la vaga, és similar a la del delictes de coaccions genèric (article 172 del Codi Penal i consisteix en el comportament violent dels anomenats piquets d'extensió de vagues coactiva perquè tercers iniciïn o continuïn una vaga. El cert és que la seva interpretació ha de ser restrictiva atès que el normal exercici del dret de vaga implica una certa coacció psicològica. Sino és així tota actuació dels piquets "informatius" podria arribar a ser constitutiva de delictes.

- D) Respecte a la pena, ser de presó de sis mesos a tres anys i multa de sis a dotze mesos per al delictes bàsic referit al dret de llibertat sindical, que passarà a ser de presó de tres anys i un dia a quatre anys i mig més multa de dotze a mesos i un dia a divuit mesos per al cas de l'ocupació de força, violència i intimidació, i en tot cas per a la conducta respecte a la vaga.

VII. DELICTES CONTRA LA SALUT I LA SEGURETAT DELS TREBALLADORS

Els articles 316 i 317 del Codi Penal castiguen "Els que amb infracció de les normes de prevenció de riscos laborals i estant legalment obligats, no facilitin els mitjans necessaris perquè els treballadors desenvolupin la seva activitat amb les mesures de seguretat i higiene adequades, de manera que posin així en perill greu la seva vida, salut o integritat física".

El tipus delictiu té els següents requisits específics:

· A) Pel que fa al bé jurídic protegit en concret, es tracta d'analitzar un important delicte a través del qual es pretén protegir penalment la seguretat i higiene dels treballadors, que està íntimament lligada a la vida, salut i integritat física dels treballadors, sent una preocupació essencial de la nostra societat, en la qual la sinistralitat laboral és realment una xacra insostenible, havent d'emprar tota la coacció que l'Estat pugui legítimament utilitzar per promoure l'actuació preventiva d'aquest desgraciat fenomen, com és aquest delicte, dels anomenats de perill concret que avancen la protecció penal a un estadi anterior a la causació d'un resultat lesiu.

· B) Respecte al subjecte actiu, ho estableix l'article 316 en "qui estan legalment obligats" a facilitar els mitjans a què es refereix. Aquesta configuració desborda la limitació del subjecte actiu a l'empresari, que també ho és, per incloure a totes les persones, oficis i professionals que treballin al seu servei, amb competència directa o delegada, que tinguin comandament o direcció, tècnics o d'execució, ja es tracti de comandaments superiors, d'intermediaris o subalterns, fins i tot de fet sempre que estiguin obligats per normes administratives o per actuació defet a proporcionar els mitjans de protecció del treballador que preveu la normativa de prevenció de riscos laborals, el que ens porta a la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals i la seva normativa concordant, norma que a més de l'empresari, crea una xarxa de seguretat que implica no només al vèrtex de l'empresa que és l'empresari sinó a una sèrie de quadres de comandament intermedis als que imposa obligacions en matèria de prevenció, i que són eventuais subjectes actius d'aquest delicte (delegats de prevenció, comitès de seguretat i salut, fabricants, importadors, subministradors, i fins i tot els mateixos treballadors -article 29 de la Llei esmentada-)

· C) Pel que fa a la conducta castigada, en aquest cas no és d'acció sinó d'omissió, és a dir no facilitar els mitjans necessaris perquè els treballadors desenvolupin la seva activitat amb les mesures de seguretat i higiene adequades.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Però això constituiria una mera infracció administrativa, ja que perquè el fet constitueixi delictes cal que es donin, alhora, dos requisits que són:

1. Una infracció de les normes de prevenció de riscos laborals.

2. Que es posi en perill greu la vida, salut o integritat física del treballador. És a dir, no n'hi ha prou un perill general o abstracte, sinó que en concret, a determinats treballadors, se'ls hagi posat en perill. Es configura, doncs, com un delictes de perill concret. La gravetat del perill caldrà mesurar-la en relació a tres paràmetres com són el possible resultat que podria haver-se produït (incidència en la vida o la salut del treballador), segon la importància o naturalesa de la norma omesa (transcendència de la mateixa) i, finalment, el grau d'incompliment (total o parcial).

· D) Aquest és l'únic delictes en què no només es castiga la realització d'aquestes conductes (omissions) de forma intencional o maliciosa, és a dir dolosa, sinó també quan es cometen de forma imprudent. Així és que l'article 317 del Codi Penal estableix que quan el delictes a què es refereix l'article anterior es cometi per imprudència greu, serà castigat amb la pena inferior en grau. La imprudència greu és un descuit o negligència temerària, és a dir, amb oblit de les més elementals normes de prudència que són exigibles en aquest sector de l'activitat en les circumstàncies concretes de lloc i temps.

· E) Quant a la pena és de presó de sis mesos a tres anys i multa de sis a dotze mesos si el comportament és dolós i de presó de tres a sis mesos i multa de tres a sis mesos en cas de ser imprudent.

DELICTES CONTRA ELS RISCOS LABORALS

La protecció dels drets dels treballadors, considerada com un element primordial en la correcta constitució de les relacions laborals -empresarials, s'ha erigit modernament, en una necessitat davant la creixent sensibilització dels ciutadans i governs davant la sofisticació de la producció econòmica i l'aparició de riscos laborals nous o la intensificació dels ja coneguts, en sectors tradicionals.

Hi ha contribuït, també, el moviment social internacional, amb l'Organització Internacional del Treball i l'ampli reconeixement de drets als treballadors, en les Constitucions de la nostra època, doncs no en va, es diu Estat Social de Dret, al modern Estat propi del nostre temps.

I així, l'Estat vela, fins i tot amb l'instrument penal, perquè la relació empresari - treballador discorri de la manera més equilibrat possible, amb l'assumpció dels drets i obligacions recíprocs que això comporta, i, en particular el deure de tot empresari a " garantir la seguretat i salut dels treballadors al seu servei ", per a això" realitzarà la prevenció dels riscos laborals mitjançant l'adopció de totes les mesures "siguin necessàries per aquesta finalitat (segons diu la Llei per excel·lència, en aquesta matèria, que és la de "Prevenció de Riscos Laborals"), donant compliment al mandat general previst en l'article 40.2 de la Constitució Espanyola.

D'altra banda, per poder captar aquesta problemàtica, en tota la seva dimensió, cal manejar una sèrie de normes d'àmbit laboral, que resulten imprescindibles per conèixer els estàndards de seguretat que cal cobrir. Ens referim, a la Llei de Prevenció de Riscos Laborals de 8 de novembre de 1995; el Reial decret legislatiu 5 / 2000, de 4 d'agost que aprova el text refós de la Llei sobre infraccions i sancions en l'ordre social, l'Estatut de dels Treballadors de 1995 i la Llei General de la Seguretat Social aprovada per Reial decret Llei de 20 de juny de 1994, com a normes bàsiques o generals. Al costat d'elles, caldrà tenir en

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

compte les normes sectorials que existissin en matèria de mesures de seguretat i higiene, concretament aplicables al sector o branca productiva de què es tracti.

I. FONAMENT

La raó de ser d'aquests delictes, és tutelar un dret tan bàsic en la societat actual com el dret al treball, en condicions de seguretat i salubritat. Evitant, no els riscos que inevitablement es produeixen -especialment en algunes activitats particularment perilloses, sinó cobrint, adequadament, per a això l'Estat ha de legislar i els responsables de les empreses han d'adoptar les mesures de prevenció que demandin les concretes activitats laborals.

La modernitat doncs, d'aquests delictes, és clara, ja que s'avança la barrera de protecció sense necessitat d'esperar que es produeixi l'accident laboral o millor, amb la finalitat d'evitar en tot els possible, tenint en compte la sagnia en vides humanes i costos en tots els ordres: econòmics, personals, familiars, etc., que generen.

II. BÉ JURÍDIC

Es protegeixen amb aquests delictes els riscos físics relacionats amb la vida i la salut dels treballadors, derivats de la seva activitat laboral. En altres paraules, es protegeix la seguretat i higiene dels treballadors en l'exercici del seu treball, pel que fa a la necessitat de protegir els riscos laborals innat en una concreta activitat professional.

III. NATURA

Estem davant d'una conducta delictiva de risc, en la qual la importància del bé jurídic afectat, la seguretat i salut dels treballadors en l'exercici de la seva activitat laboral, determina que el legislador sancioni la conducta delictiva tant a títol de dol com d'imprudència, sempre, en aquest segon cas, que es consideri greu.

El dol suposa el coneixement de l'obligació de cobrir els riscos per a la seguretat dels treballadors i no fer-ho. Tant sigui això, conseqüència d'una decisió positiva (dol directe) com d'un procedir, en el qual el responsable es representi les conseqüències lesives possibles de tal omisió i, tot i això, assumeixi la realització d'aquesta activitat laboral en les circumstàncies indicades (doleventual).

Quant a la imprudència, consisteix en la realització de les activitats de l'empresa sense adoptar les mesures de prevenció que la més elemental cautela exigeix. Conseqüència d'aquesta omisió, és la posada en perill concretés a dir, sense necessitat que es produeixi cap resultat danyós de la vida, salut o integritat física dels treballadors.

Si el treballador realitzi una conducta que contribueix al resultat, així l'accident saldat amb lesions, o fins i tot, amb la seva mort, s'entén que hi ha concurrència de culpes, la qual cosa determina que es degradi la responsabilitat de l'empresari de greu a lleu, per la qual que respondrà en aquest cas per lesions o homicidi lleu però no pel delictes d'infracció del deure de cobrir els riscos laborals del treballador, perquè per castigar tal delictes ha d'existir dol o imprudència greu, segons estableix l'article 317 del Cod Penal.

Es tracta d'un delictes regulat per una "norma penal en blanc", és a dir la que conté el nucli de la prohibició i de la pena, però que remet per a la seva concreció a normes extrapenals, de l'àmbit civil, mercantil, administratiu, laboral etc.

Les exigències constitucionals de les "normes penals en blanc" comporten, com a requisit imprescindible, que la integració de la norma penal es faci per una norma, estatal o autonòmica, de rang legal, situació que es compleix en el present delictes ja que la norma bàsica amb la qual integrar l'expressió "normes de prevenció de riscos laborals", és la Llei de Prevenció de Riscos Laborals 31/1995, de 8 de novembre.

IV. REGULACIÓ

Dins el Títol X "Dels delictes contra els drets dels treballadors", es regulen en els articles 316-318, els anomenats "delictes contra els riscos laborals", establint el primer d'ells, la conducta típica i la pena de presó de sis mesos a tres anys i multa de sis a dotze mesos; l'article 317 la sanció que sigui per imprudència greu, en aquest cas la pena és la inferior en grau i l'article 318 les conseqüències punitives quan el responsable de la infracció sigui una persona jurídica (empresa, societat ...) que determina la possibilitat d'imposar, algunes d'aquestes mesures: clausura de l'empresa, temporal o definitiva; dissolució jurídica; suspensió de les activitats per un termini fins a cinc anys; prohibició, temporal o definitiva, de realitzar, en el futur, activitats en l'exercici s'hagi produït el fet delictiu; i intervenció de l'empresa per salvaguardar els drets dels treballadors.

V. CONDUCTES DELICTIVES

La conducta que se sanciona és la creació d'un perill o risc greu per ometre a facilitar els mitjans necessaris als treballadors, per protegir la seva seguretat laboral.

El delicte requereix tres elements:

- A) Una conducta omissiva consistent en no facilitar els mitjans necessaris perquè els treballadors desenvolupin la seva activitat amb les mesures de seguretat i higiene requerides en la mateixa.

Delicte omissiu que implica deixar de protegir als treballadors sota la responsabilitat de l'empresari i comandaments que en depenen encarregats de la protecció dels riscos que genera l'activitat laboral específica que aquells prestin.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

- B) Que es infringeixin les normes previstes en matèria de prevenció de riscos laborals.

Per tant cal localitzar les normes aplicables i constatar el seu incompliment.

- C) Que a conseqüència de tot això, es posi en perill greu, la vida, salut o integritat física dels treballadors afectats.

És a dir, que es tradueixi en un resultat no danyós consisteix a posar en risc concret a un treballador o treballadors determinats.

La conducta expressada, dóna lloc a pronunciaments penals especials en els següents casos:

- A) Si es realitzés per imprudència greu, en aquest cas es redueix la pena.
- B) Si el responsable és una persona jurídica, és a dir, una empresa o organització, la qual cosa origina la responsabilitat dels "administradors o encarregats del servei" i la dels que coneixent i podent remeiar aquests errors o omissions, no hagin adoptat mesures correctores per evitar aquests riscos.

VI. JURISPRUDÈNCIA

Si a conseqüència de la infracció de les normes de prevenció dels riscos laborals, es produeix un resultat lesiu, el delictes de resultat (homicidi, lesions) absorirà al de risc, sancionant el cas únicament com el delictes realment produït (Sentència del Tribunal Suprem 1188/1999, de 14 de juliol).

Subjectes actius d'aquest delictes, són les persones responsables legalment de protegir els riscos laborals del treballador, és a dir els administradors i encarregats (Sentència del Tribunal Suprem de 12 de novembre de 1998).

4.- DELICTES CONTRA ELS DRETS DELS EXTRANGERS

IMMIGRACIÓ

I. Distribució de competències i evolució

En l'estudi de la immigració cal distingir quines són les competències exclusives del Estat i quines les que les comunitats autònomes poden assumir. En aquest sentit, l'article 149.1.2 atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre "nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria i dret d'asil". A més, l'epígraf 1 del mateix assenyala que també li correspon en exclusivitat "la regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals".

Mentre que l'article 148 no recull cap títol competencial sobre la matèria. A més, l'article 13.1 de la norma fonamental disposa que "els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el Títol I en els termes que estableixin els tractats i la Llei".

Així sobre la base de la competència estatal abans esmentada i sobre la reserva continguda en aquest últim, el legislador estatal va dictar la Llei orgànica 7 / 1985, d'1 de juliol, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya, que va fixar per primera vegada l'estatus dels estrangers residents al nostre país. Aquesta Llei, més coneguda com "Llei d'estrangeria", definia i garantia l'exercici dels drets per part dels estrangers, donant un tracte diferencial entre aquells que procedien d'un país de la Unió Europea i aquells que procedien d'un tercer país.

És a finals dels anys noranta quan aquesta Llei resulta insuficient per abordar el problema migratori a Espanya, pel que s'aprova la Llei orgànica 4 / 2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, que deroga l'anterior. Aquesta va ser modificada, passats uns mesos, per la Llei orgànica 8 /

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

2000, de 22 de desembre, de reforma de la Llei orgànica 4 / 2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social; i amb posterioritat per la Llei Orgànica 14/2003, de 20 de novembre, de reforma de la Llei orgànica 4 /2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.

Segons l'esmentada Llei Orgànica, es consideren estrangers, als quals no tinguin la nacionalitat espanyola. Els nacionals dels Estats membres de la Unió Europea i aquells als quals sigui d'aplicació el règim comunitari es regeixen per la legislació de la Unió Europea, i els és d'aplicació l'esmentada Llei en aquells aspectes que puguin ser més favorables.

És de menció, així mateix, la Llei 12/2009, de 30 d'octubre, reguladora del dret d'asil i de la protecció subsidiària.

II. Règim jurídic dels estrangers

En relació al règim jurídic dels estrangers, contingut en el títol II, la Llei distingeix entre l'entrada i sortida del territori espanyol, les situacions dels estrangers, l'autorització de treball i les taxes per autoritzacions administratives, i per tramitació de les sol·licituds de visats.

1. Entrada i sortida del territori espanyol

Per al seu estudi cal distingir, en primer lloc, entre estrangers que pertanyin a algun país de la Unió Europea i estrangers que pertanyin a un país diferent, ja que el règim jurídic aplicable als ciutadans comunitaris parteix del principi de lliure circulació recollit en els articles 39 i següents del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea i més concretament recollit en la Directiva del Parlament Europeu i del Consell d'abril de 2004 que reuneix en un sol text totes les disposicions en matèria de drets d'entrada i residència dels ciutadans de la Unió, i que suprimeix el permís de residència.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

El règim jurídic aplicable als altres estrangers s'inclou en la Llei Orgànica de 2000 que preveu els següents:

L'estranger que pretengui entrar a Espanya ho ha de fer pels llocs habilitats a aquest efecte, estar proveït del passaport o document de viatge que acrediti la seva identitat, presentar els documents que es determinin per reglament que justifiquin l'objecte i condicions d'estada, i acreditar mitjans de vida suficients o estar en condicions d'obtenir –lo legalment.

A més, i llevat dels casos en què s'estableixi el contrari en els convenis internacionals, és necessari, un visat, que se sol · licitarà i expedirà en les missions diplomàtiques i oficines consulars d'Espanya.

La concessió del visat habilita l'estranger a presentar-se en un lloc fronterer espanyol i sol·licitar la seva entrada; i a romandre a Espanya en la situació per la qual s'hagi expedit, sense perjudici de l'obligatorietat d'obtenir, si s'escau, la targeta d'identitat de estranger.

A més la Llei distingeix entre visat de transit, que habilita a transitar per la zona de trànsit internacional d'un aeroport espanyol o a travessar el territori espanyol, el visat d'estada, que l'habilita per a una estada ininterrompuda o estades successives per un període o suma de períodes la durada total no excedeixi de tres mesos per semestre a partir de la data de la primera entrada, el visat de residència, que habilita a residir sense exercir activitat laboral o professional, el visat de treball i residència, que habilita per exercir una activitat laboral o professional, per compte d'altri o propi i per residir, i el visat d'estudis, que habilita per romandre a Espanya per a la realització de cursos, estudis, treballs d'investigació o formació.

D'altra banda, les sortides del territori espanyol podran realitzar-se lliurement, excepte en els casos previstos en el Codi Penal, en els casos en que la sortida sigui prohibida pel

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

ministre de l'Interior per raons de seguretat nacional o de salut pública, i en els que la sortida sigui obligatòria, és a dir, per:

- A) Expulsió del territori espanyol per ordre judicial, en els casos previstos en el Codi Penal.
- B) Expulsió o devolució acordades per resolució administrativa en els casos que preveu aquesta Llei
- C) Denegació administrativa de les sol·licituds formulades per l'estranger per continuar romanent en territori espanyol, o manca d'autorització per a trobar a Espanya.

2. Situacions dels estrangers

Els estrangers podran trobar a Espanya en les situacions d'estada o residència.

a) Estada

L'estada és la permanència en territori espanyol per un període de temps no superior a 90 dies, sense perjudici del que disposa per als estudiants, transcorregut el qual, per romandre caldrà obtenir o una pròrroga d'estada o una autorització de residència.

b) Residència

La residència, ja sigui temporal o permanent, fa referència a aquells estrangers que es trobin a Espanya i siguin titulars d'una autorització per residir.

La residència temporal és la situació que autoritza a romandre a Espanya per un període superior a 90 dies i inferior a cinc anys, i la residència permanent és la que autoritza a residir a Espanya indefinidament i treballar en igualtat de condicions que els espanyols.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Tenen dret a aquesta residència permanent els que hagin obtingut prèviament la residència temporal durant cinc anys de forma continuada, sense perjudici que aquest termini pugui ser reduït per a aquells països amb què Espanya guarda especials vincles.

Especial menció requereix la residència de menors, per la qual l'article 35 disposa que, en el cas que els Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat localitzin un estranger indocumentat la minoria d'edat no es pugui establir amb seguretat, se li donarà la atenció immediata que necessiti, d'acord en el que estableix la legislació de protecció jurídica del menor posant el fet en coneixement immediat del Ministeri Fiscal, que ha de determinar-ne la seva edat, per al que col·laboraran les institucions sanitàries oportunes que realitzaran les proves necessàries.

I si, determinada l'edat, es tracta d'un menor, el ministeri fiscal ho ha de posar a disposició dels serveis competents de protecció de menors.

L'Administració de l'Estat, conforme al principi de reagrupació familiar del menor i previ informe dels serveis de protecció de menors, ha de resoldre el que sigui procedent sobre el retorn al seu país d'origen o aquell on estiguin els seus familiars o, si no, sobre la seva permanència a Espanya.

3. Autorització de treball

Els estrangers majors de 16 anys, per a exercir qualsevol activitat lucrativa, laboral o professional, necessiten la corresponent autorització administrativa prèvia per treballar, que l'habiliti per residir durant el temps de la seva vigència.

Quan l'estranger es proposés treballar per compte propi o aliè, exercint una professió per a la qual s'exigeixi una titulació especial, la concessió de l'autorització es condiona a la tinença i, si s'escau, homologació del títol corresponent, així com a la col·legiació, si les lleis així ho exigeixen.

Excepcionalment, no serà necessària l'obtenció d'autorització de treball per a l'exercici

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

de determinades activitats, com ara els professors estrangers convidats o contractats per una universitat espanyola, els funcionaris civils o militars de les administracions estatals estrangeres que vinguin a Espanya per desenvolupar activitats en virtut d'acords de cooperació amb l'Administració espanyola, els membres de missions científiques internacionals que realitzin treballs i investigacions a Espanya, autoritzats per l'Estat, els espanyols d'origen que haguessin perdut la nacionalitat espanyola, entre d'altres.

En qualsevol cas, el Govern pot aprovar un contingent anual de treballadors estrangers tenint en compte la situació nacional d'ocupació. Contingent que podrà establir un nombre de visats per buscar feina dirigits a fills o néts d'espanyol d'origen, així com per ala recerca d'ocupació dirigits a determinats sectors d'activitat o ocupacions en les condicions que es determinin. Aquests visats per buscar feina autoritzen a desplaçar-se al territori espanyol amb la finalitat de buscar feina durant el període d'estada de tres mesos, en els quals podrà inscriure en els serveis públics d'ocupació corresponents. Ara bé, si transcorre aquest termini i no obté ocupació, l'estranger està obligat a sortir del territori.

Destaca també el règim especial dels treballadors de temporada que preveu l'article 42, que els permet l'entrada i sortida del territori nacional d'acord amb les característiques de les esmentades campanyes i la informació que li subministrin les comunitats autònomes on es promoguin.

Per concedir les autoritzacions de treball s'ha de garantir que els treballadors temporers seran allotjats en condicions de dignitat i higiene adequades. A més, les comunitats autònomes i els ajuntaments col·laboraran en la programació de les campanyes de temporada amb l'Administració General de l'Estat.

4. Drets i llibertats dels estrangers

La Llei també reconeix que els estrangers gaudiran a Espanya de drets i llibertats reconeguts en el títol I de la Constitució en els termes establerts en els tractats internacionals, la Llei i en les que regulin l'exercici de cada un d'ells. Com a criteri

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

interpretatiu general, s'entén que els estrangers exerciten els drets que els reconeix la Llei en condicions d'igualtat amb els espanyols.

Aquesta els recull el títol I i enumera els següents:

- A) Dret a la documentació. L'article 4 assenyala que els estrangers tenen el dret i l'obligació de conservar la documentació que acrediti la seva identitat, així com la que acrediti la seva situació a Espanya.
- B) Dret a la llibertat de circulació. L'article 5 disposa que els estrangers que es trobin a Espanya legalment, tindran dret a circular lliurement pel territori espanyol i a triar la seva residència, sense més limitacions que les establertes amb caràcter general pels tractats i les lleis, o les acordades per l'autoritat judicial.
- C) Participació pública. En aquest sentit l'article 6, en concordança amb el modificat article 13.2 de la Constitució, apunta que els estrangers residents a Espanya podran ser titulars del dret de sufragi en les eleccions municipals.
- D) Llibertats de reunió, manifestació i associació, recollides en els articles 7 i 8 en les mateixes condicions que els espanyols.
- E) Dret a l'educació. En aquest sentit, l'article 9 assenyala que tots els estrangers menors de 18 anys tenen dret i deure a l'educació en les mateixes condicions que els espanyols.
- F) Dret al treball i a la Seguretat Social.
- G) Llibertat de sindicació i vaga. L'article 11 disposa que els estrangers tenen dret a sindicar-se lliurement o a afiliar-se a una organització professional, que podran exercir quan obtinguin autorització d'estada o residència a Espanya. De la mateixa manera, quan estan autoritzats a treballar, podran exercir el dret de vaga.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

- H) Dret a l'assistència sanitària (article 12).
- I) Dret a ajudes en matèria d'habitatge per als residents (article 13).
- J) Dret a la Seguretat Social i als serveis socials. En aquest sentit l'article 14 disposa que els estrangers residents tenen dret a accedir a les prestacions i serveis de la Seguretat Social en les mateixes condicions que els espanyols, tant als generals i bàsics com als específics. Sense perjudici que els estrangers, independentment de la seva situació administrativa, tenen dret als serveis i prestacions socials bàsiques.
- K) Subjecció als mateixos impostos que els espanyols (article 15).
- L) Dret a la intimitat familiar i a la reagrupació familiar dels estrangers residents a Espanya (articles 16 a 19). Els estrangers residents tenen dret a la vida en família i a la intimitat familiar. A més, tenen dret a reagrupar amb ells als familiars que es determinen en l'article 17, és a dir, el cònjuge del resident, els fills del resident i del cònjuge, sempre que siguin menors d'edat o incapacitats, els menors de 18 anys o incapacitats, quan el resident estranger sigui el seu representant legal, i els ascendents del reagrupant o del seu cònjuge, quan estiguin al seu càrrec.
- M) Finalment la Llei els reconeix tot un seguit de garanties jurídiques en els articles 20 a 22; i intervingudes antidiscriminatòries en els articles 23 i 24.

III. Coordinació entre les administracions

El Govern durà a terme una observació permanent de les magnituds i característiques més significatives del fenomen immigratori a fi d'analitzar el seu impacte en la societat espanyola i de facilitar una informació objectiva i contrastada que eviti o dificulti l'aparició de corrents xenòfobs o racistes.

El Govern unificarà en Oficines provincials els serveis existents, dependents de diferents

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

òrgans de l'Administració de l'Estat amb competència en immigració, per tal d'aconseguir una adequada coordinació de la seva actuació administrativa. Així mateix, elaborarà plans, programes i directrius sobre l'actuació de la Inspecció de Treball prèvia al procediment sancionador destinats especialment a comprovar el compliment del principi d'igualtat i no discriminació dels treballadors estrangers, així com el compliment efectiu de la normativa en matèria de autorització de treball d'estrangers, tot això sense perjudici de les facultats de planificació que corresponguin a les comunitats autònomes amb competències en matèria d'execució de la legislació laboral.

A més, per assegurar una adequada coordinació de les actuacions de les administracions públiques amb competències sobre la integració dels immigrants es constituirà un Consell Superior de Política d'Immigració, en què participaran, de forma tripartida i equilibrada, representants de l'Estat, de les comunitats autònomes i dels municipis, la composició es determinarà reglamentàriament.

El Consell elaborarà un informe anual sobre la situació d'ocupació i integració social dels immigrants on podrà efectuar recomanacions per a la millora i perfeccionament de les polítiques en aquests àmbits, atenant especialment el funcionament i previsió del contingent i de les campanyes de temporada.

Els poders públics han d'impulsar també l'enfortiment del moviment associatiu entre els immigrants i donaran suport als sindicats, organitzacions empresarials i a les organitzacions no governamentals que, sense ànim de lucre, afavoreixin la seva integració social, facilitant ajut econòmic, tant a través dels programes generals com en relació amb les seves activitats específiques.

Així s'ha creat el Fòrum per la Integració Social dels Immigrants, constituït, de forma tripartida i equilibrada, per representants de les administracions públiques, de les associacions d'immigrants i de les organitzacions socials de suport, entre elles els sindicats de treballadors i organitzacions empresarials amb interès i implantació en l'àmbit migratori. Constitueix l'òrgan de consulta, informació i assessorament en matèria d'integració dels immigrants.

D'altra banda, es constituirà l'Observatori Espanyol del Racisme i la Xenofòbia, amb funcions d'estudi i anàlisi, i amb capacitat per elevar propostes d'actuació, en matèria de lluita contra el racisme i la xenofòbia.

IV. ACTUALITZACIÓ

L'article 138 del Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006, la rúbrica és "immigració", va ser recorregut en els seus tres apartats. En apartat 1 enumera una sèrie de competències o potestats que corresponen "a la Generalitat en matèria d'immigració", sent impugnat per vulnerar l'article 149.1.2. Sobre això diu el Tribunal Constitucional en la Sentència de juny de 2010 que: "És evident que la immigració és una matèria que ha estat reservada amb càrrec exclusiu a l'Estat ex article 149.12 de la Constitució Espanyola, de manera que l'article 138.1 de l'Estatut seria clarament inconstitucional si, com sembla deduir del seu enunciat, pretengués atribuir a la Comunitat Autònoma competències en aquesta matèria. No obstant això, afegeix l'Alt tribunal que el precepte impugnat admet una interpretació conforme amb la constitució si s'entén, com a continuació es veurà, que les potestats que s'hi recullen no es tradueixen en l'atribució a la Generalitat de competència alguna en matèria d'immigració, sent el rellevant a l'hora de pronunciar-se sobre la constitucionalitat del precepte, no la seva rúbrica o la denominació de la matèria o títol competencial en qüestió, sinó l'abast material de les concretes competències o potestats estatutàriament atribuïdes a la Comunitat Autònoma".

Segons el Tribunal Constitucional en el context de la integració social i econòmica de la població immigrant s'insereixen el conjunt de competències o potestats, d'evident caràcter assistencial i social que l'article 138.1 atribueix a la Generalitat, les quals en cap cas es pot entendre que releguin la competència exclusiva que l'Estat té en matèria d'immigració. En aquest sentit "la competència exclusiva en matèria de primer acolliment de les persones immigrades, que els recurrents titllen d'especialment inconstitucional, s'ha de considerar circumscrita, com revela el seu tenor literal, a les primeres actuacions sociosanitàries i d'orientació, de manera que la exclusivitat amb què es defineix la

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

competència autonòmica, pel que fa manifestació del a competència assumida en matèria d'assistència social, resulta limitada per la competència exclusiva reservada a l'Estat ex article 149.1.2 de la Constitució Espanyola ".

D'altra banda, l'apartat 2 de l'article 138 atribueix a la Generalitat "la competència executiva en matèria d'autorització de treball dels estrangers la relació laboral dels quals s'acompleixi a Catalunya", disposa que la mateixa "s'exercirà en necessària coordinació amb la que correspon l'Estat en matèria d'entrada i residència d'estrangers "i que s'hi inclouen:"

- a) La tramitació i resolució de les autoritzacions inicials de treball per compte propi o aliena ",
- b) La tramitació i resolució dels recursos presentats amb relació als expedients a què es refereix la lletra a) i l'aplicació del règim d'inspecció i sanció ".

Doncs el Tribunal Constitucional diu que és evident que la competència en matèria d'entrada i residència d'estrangers s'inscriu en l'àmbit de la immigració i l'estrangeria, terreny en el qual, com al·leguen els recurrents, només hi ha la competència exclusiva de l'Estat. Ara bé, el mateix article 138.2 de l'Estatut d'Autonomia així ho reconeix al condicionar l'exercici de la competència executiva autonòmica a la coordinació amb l'Estat, que, com a titular de la competència preferent entre les que concorren a la regulació del règim jurídic dels estrangers en tant que immigrants, no pot fer sencera abstracció, però, de competències sectorials atribuïdes a les comunitats autònomes, com és el cas donin el que importa ara, de la competència executiva en matèria de legislació laboral. És a aquesta concreta matèria a la qual, amb independència de l'encert en la qualificació que l'Estatut ha dispensat a la competència referida a l'article 138 de l'Estatut d'Autonomia, es contrauen llavors les facultats atribuïdes pel precepte a la Comunitat Autònoma, circumscrites així als estrangers la relació laboral es desenvolupa a Catalunya, salvant el propi precepte, com a competència diferent l'exercici constitueix el pressupost de la qual la Generalitat pot assumir respecte de

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

determinats treballadors, la que correspon a l'Estat en virtut de l'article 149.1 CE. En altres paraules, si l'Estat ha de correspondre, amb caràcter exclusiu, la competència en virtut dels quals disciplina el règim jurídic que fa de l'estranger un immigrant i atén a les circumstàncies més immediatament vinculades a aquesta condició, a la Generalitat pot correspondre la que, operant sobre l'estranger així qualificat, es refereix estrictament a la seva condició com a treballador a Catalunya.

L'article 138.3, en fi, disposa la participació de la Generalitat "en les decisions de l'Estat sobre immigració amb especial transcendència per a Catalunya i, en particular, la participació preceptiva prèvia en la determinació del contingent de treballadors estrangers a través dels mecanismes previstos en el títol V".

Per desestimar el retret que es fa a l'article 138.3 el Tribunal Constitucional diu que, en principi, l'Estatut d'Autonomia, com a norma institucional bàsica de la Comunitat Autònoma, no és una seu normativa impertinent, amb una perspectiva constitucional, per preveure, amb la generalitat que es fa en el precepte recorregut, mecanismes o fórmules cooperatives com les que s'hi s'enuncien en assumptes com ara els relatius a la immigració, quan aquests tinguin, com expressament es preveu, "una especial transcendència per a Catalunya". D'altra banda, com tindrem ocasió de posar de manifest d'una manera més detinguda en enjudiciar la impugnació de l'article 174.3 de l'Estatut d'Autonomia (fonament jurídic 111), que constitueix una de les disposicions generals que encapçalen el títol V de l'Estatut d'Autonomia, al qual es remet en el seu incís final l'article 138.3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, és a la legislació estatal a la qual correspon lliurement determinar els concrets termes, formes i condicions de la participació de la comunitat autònoma a què es refereix el precepte, i en tot cas quedar fora de perill la titularitat de les competències estatals eventualment implicades i la perfecta llibertat que en el seu exercici correspon als organismes i institucions de l'Estat.

En conseqüència, conclou, l'article 138 de l'Estatut d'Autonomia ha d'interpretar en el sentit que la referència a la "immigració" no es correspon amb aquesta matèria constitucional, competència exclusiva de l'Estat (article 149.1.2 de la Constitució

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Espanyola), sinó amb altres matèries sobre les que pot assumir competències la Comunitat Autònoma

ESPECIAL REFERÈNCIA A L'ART. 318 BIS DEL CODI PENAL

1. *El que, directament o indirectament, promogui, afavoreixi o faciliti el tràfic il·legal o la immigració clandestina de persones des de, en trànsit o amb destinació a Espanya, o amb destinació a un altre país de la Unió Europea ha de ser castigat amb la pena de quatre a vuit anys de presó.*

2. *Els que realitzin les conductes descrites en l'apartat anterior amb ànim de lucre o utilitzant violència, intimidació, engany, o abusant d'una situació de superioritat o d'especial vulnerabilitat de la víctima, o posant en perill la vida, la salut o la integritat de les persones, seran castigats amb les penes en la meitat superior. Si la víctima és menor d'edat o incapac, seran castigats amb les penes superiors en grau a les previstes en l'apartat anterior.*

3. *En les mateixes penes de l'apartat anterior i a més en la d'inhabilitació absoluta de sis a 12 anys, els que realitzin els fets prevalent-se de la seva condició d'autoritat, agent d'aquesta o funcionari públic.*

4. *S'han d'imposar les penes superiors en grau a les previstes en els apartats 1 a 3 d'aquest article, en els seus casos, i inhabilitació especial per a professió, ofici, indústria o comerç pel temps de la condemna, quan el culpable pertanyés a una organització o associació, fins i tot de caràcter transitori, que es dediqués a la realització d'aquestes activitats.*

Quan es tracti dels caps, administradors o encarregats de les organitzacions o associacions, se'ls aplicarà la pena en la meitat superior, que podrà elevar-se a la immediatament superior en grau.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Quan d'acord amb el que estableix l'article 31 bis una persona jurídica sigui responsable dels delictes recollits en aquest títol, se li imposarà la pena de multa de dos a cinc anys, o la del triple al quíntuple del benefici obtingut si la quantitat resultant fos més elevada.

Ateses les regles que estableix l'article 66 bis, els jutges i tribunals podran així mateix imposar les penes recollides en les lletres b a g de l'apartat 7 de l'article 33.

5. Els tribunals, tenint en compte la gravetat del fet i les seves circumstàncies, les condicions del culpable i la finalitat perseguida per aquest, poden imposar la pena inferior en un grau a la respectivament assenyalada.

Reforma:

Article redactat d'acord amb la Llei orgànica 11/2003 de 29 de setembre sobre mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica e integració social dels estrangers, títol afegit per la Llei Orgànica 4/2000 de 11 de gener sobre els drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, Llei Orgànica 13/2007 de 19 de novembre sobre la persecució extraterritorial del tràfic il·legal o la immigració clandestina de persones així com la darrera modificació del Codi Penal per la Llei Orgànica 05/2010 de 22 de juny.

Apartat 1 :

Redactat de conformitat amb la Llei Orgànica 13/2007 per la persecució extraterritorial del tràfic il·legal o la immigració clandestina de persones.

Diu el nou article del Codi que el delicte es comet si es porta a terme qualsevol de les tres accions: proposar, afavorir o facilitar.

El tràfic il·legal se ha de portar a terme mitjançant una immigració clandestina a Espanya o altre països de la Unió Europea, establint-se una escala punitiva que va dels quatre als vuit anys de presó, mentre l'article 313, preveu el mateix delicte, té una escala punitiva inferior, de dos a cinc anys i multa de sis a dotze mesos, no s'entén molt bé perquè raó existeix aquesta disparitat.

El subjecte actiu serà penat amb l'escala prevista per aquest delicte, sigui que obrés directament com si realitzés la conducta típica, o quan realitzés una participació indirecta encara que sempre encaminada a la consumació delictiva, això és que en delicte no hi ha col·laborador necessari sinó que aquesta figura penal queda convertida en autor mediat o partícip indirecte, com el denomina aquesta disposició legal.

Apartat 2 :

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

L'agreujament d'aquest delicte es basa en la circumstància d'haver consumat els fets previstos a l'apartat anterior amb dol específic de l'aprofitament lucratiu o havent empleat violència, intimidació, engany o abusant d'una situació de superioritat o aprofitant la vulnerabilitat de la víctima o posant en perill la vida, la salut o la integritat de les persones. També es té en compte la minoritat i la incapacitat.

Lo de la salut o la integritat de les persones són expressions que signifiquen el mateix perquè si es posa en perill la integritat vol dir que es posa en perill la salut. També tenim que senyalar el mateix en quant a la minoritat i a la incapacitat segons l'article 200 del CC .

Apartat 3 :

Qualsevol de les conductes descrites en els dos primers apartats d'aquest article que es porti a fi mitjançant el dol específic del ànim de lucro, imposant-se altre element disjuntiu (o, diu la llei), que consisteix en fer servir violència, intimidació, engany o abús de superioritat o si la víctima es troba en una situació d'especial vulnerabilitat, o sent menor o incapacitat i finalment posant en perill la vida, la salut o la integritat de les persones. L'agreujament contempla aplicar una escala corresponent a qualsevol de les conductes previstes en els dos apartats anteriors, en la meitat del grau superior. Això significa que no sempre serà la mateixa pena agreujada, perquè dependrà si té en compte la pena bàsica del apartat 1 o la pena agreujada de l'apartat 2.

El dol específic (ànim de lucro) estarà present en el fet, encara que no sempre, donant que les altres circumstàncies indicades en aquest apartat es cometen amb dol genèric, doncs fan servir violència i demés circumstàncies ja dites no porten implícita ni expressament l'ànim de lucro, encara que el fet pot residir en la decisió de l'autor.

El perill per la vida, salut o la integritat de les persones es refereix a les persones sotmeses al tràfic il·legal.

Apartat 4 :

El mateix agreujament punitiu previst als apartats 1 i 3 estan destinats als membres pertanyent a una organització o associació inclòs de caràcter transitori, dedicada a aquestes activitats criminals, afegint-se la pena d'inhabilitació especial per el temps de la condemna. Els Caps o administradors poden ser reprimits amb un increment de la pena immediatament superior grau.

En aquest article dedicat a la punibilitat de les persones jurídiques es senyalen penes a imposar en relació a la gravetat de la de presó que es castiga a les persones físiques que actuant en nom i representació d'aquestes cometessin delictes amb el propòsit i resultat sigui afavorir els seus interessos. Són també aplicables els articles 33 i 66 del CP.

Apartat 5 :

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Es possibilita als Jutges l'aplicació d'una pena inferior en un grau, sense indicar cap regla fixa ni cap pauta legal sinó pel contrari deixant en mans del Jutges aquesta facultat on ha de tenir en compte la gravetat del fet i les seves circumstàncies, les condicions del culpable i la finalitat perseguida per aquest .

DIFERÈNCIA AMB L'ARTICLE 313 DEL C.P.

Diu 'article 313 del CP:

Qui determini o afavoreixi l'emigració d'alguna persona a un altre país simulant contracte o col·locació, o usant d'un altre engany semblant ha de ser castigat amb la pena que preveu l'article anterior.

Reforma:

Article redactat d'acord amb Llei Orgànica 13/2007 de 19 de novembre sobre la persecució extraterritorial del tràfic il·legal o la immigració clandestina de persones així com la darrera modificació del Codi Penal per la Llei Orgànica 05/2010 de 22 de juny.

Comentari :

Les accions són les de determinar i afavorir la immigració d'una persona a altre país simulant contracte o col·locació o fent servir engany.

Es troba aquest article dintre del títol dels delictes contra el drets dels treballadors per al qual cosa el subjecte passiu ha de ser un treballador entenent-se que la condició de treballador es tant qui compta ja amb un lloc de treball o contracte de treball com aquell que entra amb la intenció de buscar treball.

El tràfic il·legal segons l'article 318 bis s'ha de portar a terme mitjançant una immigració clandestina a Espanya o altre països de la Unió Europea, establint-se una escala punitiva que va dels quatre als vuit anys de presó, mentre l'article 313, preveu el mateix delictes sense acotar el territori , té una escala punitiva inferior, de dos a cinc anys i multa de sis a dotze mesos .

6.2.2.3.- EXPULSIÓ D'UN ESTRANGER CONDEMNAT

S'estarà al dispostat a l'article 89 del Codi Penal

1. Les penes privatives de llibertat inferiors a sis anys imposades a un estranger no resident legalment a Espanya seran substituïdes en la sentència per la seva expulsió del territori espanyol, llevat que el jutge o tribunal, prèvia audiència del penat, del Ministeri Fiscal i de les parts personades , de forma motivada, apreciï raons que justifiquen el compliment de la condemna en un centre penitenciari a Espanya.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

També podrà acordar l'expulsió en interlocutòria motivada posterior, amb audiència prèvia del penat, del Ministeri Fiscal i de les altres parts personades.

2. L'estranger no podrà tornar a Espanya en un termini de cinc a deu anys, comptats des de la data de la seva expulsió, ateses la durada de la pena substituïda i les circumstàncies personals del penat.

3. L'expulsió comporta l'arxivament de qualsevol procediment administratiu que tingui per objecte l'autorització per residir o treballar a Espanya.

4. Si l'estranger expulsat tornés a Espanya abans de transcórrer el període de temps establert judicialment, complirà les penes que van ser substituïdes. No obstant això, si fos sorprès a la frontera, serà expulsat directament per l'autoritat governativa, començant a computar de nou el termini de prohibició d'entrada en la seva integritat.

5. Els jutges o tribunals, a instància del Ministeri Fiscal i prèvia audiència del penat i de les parts personades, han d'acordar en sentència, o durant la seva execució, l'expulsió del territori nacional de l'estranger no resident legalment a Espanya, que hagués de complir o estigués complint qualsevol pena privativa de llibertat, per al cas que hi hagués accedit al tercer grau penitenciari o complert les tres quartes parts de la condemna, llevat que prèvia audiència del Ministeri Fiscal i de forma motivada apreciïn raons que justifiquen el compliment a Espanya.

6. Quan, en acordar l'expulsió en qualsevol dels supòsits previstos en aquest article, l'estranger no es trobi o no quedi efectivament privat de llibertat en execució de la pena imposada, el jutge o tribunal pot acordar, a fi d'assegurar l'expulsió, seu ingrés en un centre d'internament d'estrangers, en els termes i amb els límits i garanties previstos en la Llei per a l'expulsió governativa.

En tot cas, si acordada la substitució de la pena privativa de llibertat per l'expulsió, aquesta no es pugui dur a terme, es procedirà a l'execució de la pena originàriament

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

imposada o del període de condemna pendent, o l'aplicació, si s'escau, de la suspensió de l'execució de la mateixa o la seva substitució en els termes de l'article 88 d'aquest Codi.

7. Les disposicions establertes en els apartats anteriors no són aplicables als estrangers que hagin estat condemnats per la comissió de delictes a què es refereixen els articles 312, 313 i 318 bis d'aquest Codi

Reforma:

Article redactat d'acord la Llei Orgànica 8/2000 de 22 de desembre de reforma de Llei Orgànica 4/2000 de 11 de gener sobre els drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social modificat també per la Llei orgànica 11/2003 de 29 de setembre sobre mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica e integració social dels estrangers, així com la darrera modificació del Codi Penal per la Llei Orgànica 05/2010 de 22 de juny.

COMPETÈNCIA DELS TRIBUNALS ESPANYOLS PER CONÈIXER D'AQUEST DELICTE

En principi, en el nostre dret penal, quant a la competència dels nostres tribunals, regeix el principi de territorialitat, per la qual cosa només seran competents els mateixos quan el delicte s'hagi comès a Espanya, amb les excepcions establertes en els apartats 2,3 i 4 de l'art. 23 LOPJ. Entre aquestes excepcions, fins a la modificació operada per la Llei Orgànica 13/2007, no s'esmentaven els delictes relatius al tràfic de persones. Això ha provocat que, en moltes ocasions, les nostres Audiències Provincials hagin rebutjat la seva competència per a l'enjudiciament en els casos en els quals les pasteres o els cayucos siguin detectats i interceptats abans d'entrar en aigües espanyoles.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Tanmateix, el nostre TS ha establert recentment (i amb caràcter previ la modificació que opera des de la Llei Orgànica, en una sèrie de sentències, el criteri de la competència dels nostres òrgans judicials per al coneixement d'aquets delictes i així ho podem veure en la en diferents sentències del Tribunal Suprem ja durant l'any 2007.

Els arguments els podem sintetitzar així:

a.- La immigració il·legal constitueix actualment un dels problemes més rellevants de la Comunitat internacional, que d'ordinari guarda una relació molt pròxima amb la delinqüència denominada organitzada transnacional, pel que ha estat objecte de diferents acords i convenis internacionals, on s'estableix el compromís del Estats per lluitar contra aquests tipus de conductes, tenint facultats per intervenir, encara que el vaixell no estigui al seu territori, si aquest manca de nacionalitat.

b.- En el cas de pasteres o cayucos, ens trobem davant de vaixells sense nacionalitat. La navegació d'aquests tipus d'embarcacions és realment perillosa per a les persones que les utilitzen.

c.- En aquests casos es produeix freqüentment la intervenció del Servei de Salvament Marítim espanyol i/o forces policials espanyoles, quedant els presumptes responsables de l'operació d'immigració il·legal en territori espanyol de forma que indubtablement a on es dirigien les embarcacions.

d.- Aquesta conducta constitueix un delicte greu que , en definitiva, d'acord amb l'article 23.4, en relació amb els convenis internacionals sobre la matèria, pot ser enjudiciat pel tribunals espanyols si es donen les circumstàncies esmentades.

La qüestió aquí plantejada queda totalment resolta mitjançant la Llei Orgànica 13/2007 que va entrar en vigor el 21 de novembre d'aquell mateix any, per perseguir extra territorialment el tràfic il·legal o la immigració clandestina de persones.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

A l'exposició de motius s'assenyala que el tràfic il·legal i la immigració clandestina de persones són delictes atemptatoris contra els valors de caràcter humanitari considerats essencials per la Comunitat Internacional, però es ve a reconèixer que amb la redacció vigent de l'article 23 de la Llei Orgànica del Poder Judicial no seria suficient per fonamentar la competència dels nostres tribunals per al coneixement d'aquests delictes, pel qual, a l'empara de les facultats concedides a l'article 15 c) de la Convenció de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 15 de novembre de 2000, mitjançant Resolució A/RES/55/25 es decideix que Espanya ha d'adoptar mesures legislatives a fi d'enjudiciar aquests tipus de delictes. Per això, es modifica l'apartat 4 de l'article 23 de LOPJ , que queda amb la següent redacció:

Igualment serà competent la jurisdicció espanyola per conèixer dels fets comesos per espanyols o estrangers fora del territori nacional susceptibles de tipificar-ne, segons la llei penal espanyola, com algun dels següents delictes:

- a.- Genocidi
- b.- Terrorisme
- c.- Pirateria i apoderament il·lícit d'aeronaus.
- d.- Falsificació de moneda estrangera
- e.- Els delictes relatius a la prostitució i els de corrupció de menors o incapaços.
- f.- Tràfic il·legal de drogues psicotròpiques , tòxiques i estupefaents.
- g.- Tràfic il·legal o immigració clandestina de persones, siguin o no treballadors.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

h.- Els relatius a la mutilació genital femenina, sempre que els responsables es trobin a Espanya.

i.- I qualsevol altre que , segons els tractats o convenis internacionals, hagi de ser perseguit a Espanya.

FORMACIOPOLICIAL.CAT

5.- Sentències relacionades

a.- Sentència delictes contra la hisenda pública

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 22 Mar. 2011, rec. 1869/2010

Ponente: Martínez Arrieta, Andrés.

Nº de Sentencia: 203/2011

Nº de Recurso: 1869/2010

Jurisdicción: PENAL

Texto

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil once

SENTENCIA

En el recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y precepto constitucional interpuesto por la representación de **Alejandro**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, que le condenó por dos delitos contra la Hacienda Pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Orbegozo Arechavala; y como recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO representada por el Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 28 de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado 4406/2000 contra **Alejandro**, por dos delitos contra la Hacienda Pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 30 de diciembre de dos mil nueve dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** *Ha resultado probado y así se declara que IBERUR es una sociedad cuyo objeto es la prestación de servicios de seguridad privada, dando comienzo sus actividades el 4.03.1994 con el NIF A8083272, siendo constituida por escritura pública de esa fecha a la que concurrieron como socios constituyentes y fundadores el acusado, D. Alejandro, mayor de edad y sin antecedentes penales, D. Gonzalo y D. Pascual, el acusado y el Sr. Pascual con 400 acciones cada uno de las 1.000 acciones nominativas que conforman el capital social, y el segundo con 200 acciones, si bien el siguiente 14.04.94 fueron vendidas las acciones, si bien el siguiente 14.04.94 fueron vendidas las acciones por los otros dos accionistas al acusado, Sr. Alejandro, que pasó así a tener el 100% de las mismas, habiendo ido variando este porcentaje hasta ostentar únicamente el 9% de las acciones de*

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

IBERUR el 28 de junio de 1996, o el 5% de las mismas al momento de su cese por escritura pública de 27 de octubre de 1997, correspondiendo en junio de 1996 el 91% restante y al momento del cese el 95% restante, a D. Juan Manuel , -a quiéno afecta esta resolución por haberse declarado prescrita su responsabilidad penal- , quien aparece como accionista a título personal desde el 21.07.94 por compra al acusado de 200 acciones, y a partir de la escritura pública de venta de acciones de 11.05.95, a través de sociedades interpuestas (Cipriano y Cía SRC, ÑANDUBAY Y PADDINGTON).

El acusado desde la constitución de la sociedad fue nombrado Administrador único hasta su cese el 27.10.97, a excepción del 8.01.96 tras la fusión de IBERUR por absorción de la mercantil GF FONDOS EDITORIALES S.A. con NIF A 28709012, adoptando la denominación de la absorbida, IBERUR SA., realizada mediante escritura pública de esa fecha, siendo su administrador único D. Cipriano hasta que el siguiente día 9.01.96 fue nombrado nuevamente el acusado en Junta General Extraordinaria; y del 17.10.96 al 25.01.97 en que fue modificado el órgano de administración de IBERUR, nombrándose un Consejo de Administración, siendo designado el acusado Secretario del mismo, D. Juan Manuel Presidente, y Vicepresidente D. Pedro Jesús , periodo en el que continuó ejerciendo la administración de forma mancomunada, volviendo a ser nombrado el acusado administrador único en Junta General Extraordinaria Universal de 25.01.97.

En las cuentas de la sociedad, según las certificaciones emitidas por las entidades bancarias el acusado estaba autorizado en exclusividad en las de la CAIXA desde el 30.11.94, mientras que en la cuenta que la sociedad tenía en el Banco Central Hispano aparece autorizado de manera compartida con el Sr. Juan Manuel en Caja Madrid ha ido compartiendo esa autorización, principal sucesivamente con D. Pascual , D. Gonzalo , D. Pedro Jesús , y con el Sr. Juan Manuel , en la que también estuvo autorizado el Sr. Cipriano .

Aunque el Sr. Juan Manuel era el verdadero director de la empresa por ser el que tenía conocimientos sobre el sector de la seguridad privada, y quién aportaba la cartera de clientes, a cuyo favor el acusado, como administrador único de IBERUR, había otorgado amplios poderes de la sociedad IBERUR mediante escrituras públicas de 26.09.94 y de 11.05.95, y mediante escritura pública de 12.01.96 suscribió un contrato para la prestación de sus servicios en calidad de Director General con intervención en materia de contratación, inversiones, presupuestos, estrategia, planificación y política general de la empresa. No obstante, el acusado es profesor mercantil, estaba al corriente de la situación de la empresa, siendo conocedor de su responsabilidad como administrador único, y cumpliendo con las funciones propias de su cargo, entre las que que estaba representar a la sociedad ante los organismos públicos, notarias etc..., realizar pagos, presentar las cuentas en el Registro Mercantil, y gestionar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, firmando las declaraciones de impuestos y del IVA derivadas de la actividad social.

En concreto presentó las cuatro declaraciones por IVA correspondientes al ejercicio de 1995, declarando, firmando e ingresando el 24.04.95 una cuota de 13.683.452 ptas; el 20.07.95 una cuota de 17.153.367 ptas; y el 20.10.95 una cuota de 2.939.162 ptas. Por el cuarto trimestre no presentó la declaración en plazo, haciéndolo casi un año después, el 30.09.96, con una cuota de 15.130 pts., fecha ésta en la que presentó igualmente Declaración-Resumen Anual del ejercicio de 1995, si bien en el apartado correspondiente al representante legal, pese a estar

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

designado el acusado con todos sus datos, no aparece su firma, en la que se había incrementado la cuota soportada deducible a 51.612.801 ptas, declaración ésta que tras las investigaciones realizadas por la AEAT, sobre la declaración de las operaciones con terceros presentada por el propio contribuyente el 29.04.96, resultó ser falsa, constatándose una base imponible de 543.292.251 ptas; el IVA repercutido ascendía a 86.926.751 pts; el IVA soportado a 20.822.943 ptas (al deducir del IVA declarado soportado por el contribuyente, 1.214.705 ptas, correspondiente a la utilización de vehículos al no incluirse en el proceso productivo sino en el consumo final), correspondiendo una cuota a ingresar de 66.103.808 ptas, de la que habría que descontarse por compensación del ejercicio de 1994 1.522.389 ptas. Habiendo ingresado 33.791.561 ptas, la cantidad defraudada a la hacienda pública por IVA en el ejercicio de 1995 asciende a 30.789.858 pts. (185.050 €).

En el ejercicio de 1996, se presentaron y firmaron por el acusado, a sabiendas de que no se correspondía con la contabilidad de la empresa, las cuatro declaraciones trimestrales del IVA, declarando e ingresando el acusado como administrador único de la mercantil IBERUR, un total de 205.529 pts. si bien la última declaración presentada en fecha 30.1.97, e importe de 45.670 pts, la firma que obra en el apartado del administrador no se corresponde con la del acusado. En la declaración de resumen anual, cuya firma tampoco se corresponde con la del acusado, se hizo constar una base imponible de 368.845.962 pts, un IVA repercutido de 59.015.354 ptas y un IVA soportado de 58.931.503 ptas. De las comprobaciones e investigaciones realizadas por la AEAT se ha constatado que solo se había soportado cuotas por importe de 5.280.752 pts, apareciendo acreditada una base imponible, no por el importe de 368.845.962 ptas declarando en el resumen anual, sino por importe de 338.369.664 pts. tras las comprobaciones de las operaciones con terceros que dio lugar a la ampliación del informe elaborado por la Agencia Tributaria el 7.02.2001, un IVA repercutido de 54.139.146 ptas, y no el declarado de 59.015.353 pts, y un IVA soportado por 5.280.752 ptas., por lo que la cuota a ingresar, obtenida de restar al IVA repercutido (54.139.146 ptas), el IVA soportado (5.280.752 pts.), asciende a 48.858.394 ptas. Al haberse ingresado exclusivamente 205.529 pts., la cantidad defraudada a la hacienda pública por IVA en el ejercicio de 1995 asciende a 48.652.865 ptas. (292.409,60 €)

El acusado era consciente de que IBERUR debía cantidades por IVA, pues disponía de los conocimientos suficientes y de la documentación que le pasaba el contable de la sociedad que evidenciaba la falsedad de los datos aportados en las autoliquidaciones presentadas; y que atravesaba por serios problemas económicos y de liquidez, hasta el punto de haber buscado en junio de 1996 financiación externa a través de un nuevo socio, D. Darío y de sus sociedades VALSAEROS SL Y TERMINALES DE COMUNICACIONES, del que era abogado su hermano D. Jorge, sin que finalmente se lograra un acuerdo al no aceptar las condiciones el socio mayoritario Sr. Juan Manuel. Pese a ese conocimiento, ocultó a la Hacienda la verdadera situación a que venía obligado presentando a sabiendas unas declaraciones o autoliquidaciones mendaces. Tampoco negoció con la administración tributaria, ni solicitó ante la misma un aplazamiento para el pago y regularización, ni renunció a su cargo de administrador único hasta su cese en octubre de 1997.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

IBERUR fue requerida por la Agencia Tributaria mediante diligencia de 7.01.97 a fin de que justificara el IVA soportado, sin que cumplimentara el requerimiento. El acusado fue citado por la administración como representante de la mercantil a través de una empleada, el 23.09.97, y posteriormente el 25.11.97 en el domicilio de sus suegros, sin que atendiera de ningún modo los requerimientos de la Hacienda Pública, no habiéndose encontrado los libros de contabilidad ni ningún otro soporte contable que pudiera justificar el IVA soportado determinado en las declaraciones a la Hacienda Pública, que hubo de ser calculado por el servicio de inspección a través de las operaciones con terceros.

El acusado hizo un depósito de 120.000 € en la cuenta del Juzgado de lo Penal nº 11 de Madrid, -al que inicialmente se remitió la causa para su enjuiciamiento- el 14-11-06, a cuenta de las responsabilidades civiles, sin hacer reconocimiento de su responsabilidad penal.

Tanto el acusado como el Sr. Juan Manuel afianzaron solidariamente un préstamo de CAJA MADRID por importe de 17 millones a favor de IBERUR, concedido el 24.10.94 y que fue cancelado el 3.12.98; e igualmente garantizaron solidariamente junto con el padre del Sr. Juan Manuel, D. Luis María, una póliza de crédito por 15 millones de pts a favor de IBERUR otorgada por el banco CENTRAL HISPANO, riesgo que fue absorbido por un crédito con garantía hipotecaria, sobre una vivienda de D. Luis María, y cancelado el 26.09.00.

El procedimiento penal se inició por querrela del Ministerio Fiscal de 4 de junio de 1999, estando la causa en instrucción durante siete años, teniendo entrada en esta Audiencia para su enjuiciamiento en enero de 2007".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a Alejandro, como responsable en concepto de autor de A) un delito contra la Hacienda Pública del art. 349 del CP de 1973 en relación al IVA del ejercicio de 1995, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena multa de 6.000 € con 10 días de arresto sustitutorio en caso de impago, y multa de 30.788.858 pts. (185.050 €), con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de un año, por la defraudación del IVA correspondiente al ejercicio de 1.995, y B) un delito contra la Hacienda Pública del art. 305 del CP vigente en relación al IVA de 1996, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de prisión de tres meses menos un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, multa de 48.652.865 pts. (292.409'60 €), con responsabilidad personal subsidiaria, caso de impago, de 20 días, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios fiscales durante un año por la defraudación del IVA correspondiente al ejercicio de 1996, abono de las costas causadas, y a que indemnizen a la Hacienda Pública en 79.441.723 pts. (477.409'60 € = 85.050 € + 292.409'60 €), más los intereses de demora tributarios del art. 36 de la LGT, devengados desde la finalización del periodo voluntario de pago del tributo defraudado hasta la sentencia, y al devengo de los demora procesal desde la sentencia hasta el pago ex art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cantidades de las que responderá subsidiariamente la entidad IBERUR, SA.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Se aprueba el auto de solvencia dictado en la pieza de responsabilidad civil.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Alejandro**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y proscripción de toda arbitrariedad (arts. 24 y 9.3 de la Constitución).

SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los arts. 114 del Código Penal de 1973 y 132.2 del Código Penal vigente.

TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos.

CUARTO Y QUINTO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art.852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución).

SEXTO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del art. 9.10ª del Código Penal de 1973 .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de Marzo de 2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos en el presente recurso condena al recurrente como autor de dos delitos contra la hacienda pública, correspondientes a los ejercicios fiscales de 1995 y 1996, a los que aplica los Códigos penales vigentes al tiempo de la comisión de los hechos, concurriéndola atenuante de dilaciones indebidas.

En el primer motivo denuncia la conculcación del derecho fundamental a un proceso con las garantías debidas y a la no indefensión "al haberse estimado por prescripción la extinción de la responsabilidad penal del otro coimputado mediante

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

auto tras ser planteada como cuestión previa al inicio del juicio oral, quebrantando la continencia de la causa al no posponer su resolución hasta la sentencia".

El motivo debe ser desestimado. Quien recurre fue parte en el proceso como defensa frente a la que se actuó una acusación de la que se defendió utilizando los medios pertinentes para su defensa.

El art. 854 de la Ley procesal dispone quien tiene legitimidad para interponer recurso de casación. De su lectura y la de la normativa reguladora de la impugnación de resoluciones penales resulta la exigencia de un perjuicio para quien interesa la revocación de la resolución que recurre, pues ésta ha de ser lesiva al interés de quien recurre la resolución por producirle un perjuicio. Por ausencia de perjuicio, esta Sala ha denegado la legitimidad para recurrir al acusado absuelto porque (STS 20.10.1992) "la legitimación del recurrente viene determinada por el carácter desfavorable que la resolución judicial presente para quien la impugna" y por esa misma razón la ley permite la recurribilidad por quienes aun no siendo parte del proceso "resulten condenados en la sentencia y los herederos de unos y otros" (art. 854 LECrim). El perjuicio, el gravamen típico que permite el recurso puede existir aun cuando el acusado fuera absuelto en la sentencia por aplicación de un indulto o por aplicación del instituto de la prescripción. Igualmente, en caso de fallecimiento si el hecho probado contiene expresiones lesivas al recurrente o a sus herederos (ATS 21.10.1991). En este sentido, la STS 938/98, de 8 de julio expuso que la legitimación activa no se otorga exclusivamente a la víctima o al titular del derecho infringido, también a quien ostente aquel interés legítimo, categoría mas amplia que la del derechosubjetivo o incluso interés directo. Así es suficiente que el recurrente se encuentren en una determinada situación jurídica material no con un interés genérico en la preservación de derecho sino con un interés en sentido propio, cualificado y específico que debe ser valorado en atención al derecho fundamental que en cada caso se trate".

En aplicación de lo anteriormente expuesto, el recurrente no ostenta ninguna legitimación para recurrir en ningún momento ejerció la acción penal contra la persona cuya responsabilidad penal se ha declarado extinta por prescripción, y esa resolución no le causa perjuicio alguno. Esa ausencia de perjuicio resulta de la propia resolución y del propio escrito del recurso que nada alega sobre el perjuicio por la extinción de la responsabilidad del coimputado.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la impugnación plantea la misma disensión con invocación del art. 132 del Código penal .

Como en el motivo anterior el recurrente carece de legitimación para plantear el motivo que invoca en la impugnación. No se puede entablar una impugnación cuya pretensión es la continuación del proceso contra un coimputado contra el que no se ha actuado penalmente, ni su presencia en el enjuiciamiento le favorece, de manera que su ausencia fuera un perjuicio para el recurrente, al menos el recurrente no lo expone en el recurso, sin que pueda pretender, desde su posición procesal, la condena de un coimputado respecto al que se ha declarado la extinción de su responsabilidad penal.

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que designa, como las declaraciones anuales del Impuesto de Valor Añadido (IVA) correspondiente a los años 1995 y 1996, los

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

cuales no aparecen firmados por el recurrente de lo que deduce en el recurso que "no está acreditado que tales documentos fueran elaborados no presentados por el condenado en la sentencia ahora recurrida".

El motivo se desestima. La documentación designada en la impugnación ha sido tendida en cuenta por el tribunal que analiza esa contingencia, la falta de correspondencia de las firmas en las declaraciones de los impuestos correspondientes a las liquidaciones anuales y trimestrales del impuesto con la del acusado, y a ese hecho, la falta de correspondencia de la firma, no le da trascendencia alguna en la medida en que no se le condena por firmar, o no firmar, una liquidación, sino por defraudar a la Hacienda estatal mediante la elusión del pago de los impuestos a los que viene obligado.

CUARTO.- Denuncia en el cuarto de los motivos la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Advierte el recurrente, que "no se discute en este caso la existencia de prueba suficiente para acreditar la existencia de dos fraudes objetivos a la Hacienda Pública, sino la circunstancia concreta de que la autoría de los documentos acreditan por sí mismos que el recurrente no está probado que fuera su autor".

El motivo se desestima. Como antes se expuso el tipo penal del delito fiscal no se integra por la firma, o no, de los documentos de autoliquidación del impuesto, sino por la realización de la conducta típica. Es claro por otra parte, como el recurrente expone, que el antiguo art. 15 bis, ahora 31, no establece una presunción de autoría del administrador, sino que la responsabilidad penal es personal y participa, como no podía ser de otra manera, del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La lectura de la sentencia es clara en la determinación de la autoría del recurrente, no por su sola condición de administrador, sino por la efectiva participación del recurrente en la realización de los hechos. En el extenso fundamento cuarto de la sentencia se explica la convicción sobre el activo papel desarrollado por el recurrente en los hechos, en primer lugar, negando que el recurrente fuera "hombre de paja" del otro acusado, cuya responsabilidad ha sido declarada extinta por prescripción, y además, destacando su formación para la función de administrador y la efectiva realización de actos de administración que resulta de la documentación de los actos de la sociedad de la que el recurrente era accionista y administrador.

QUINTO.- Vuelve a plantear en el quinto de los motivos de la impugnación la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, lo que aconseja su análisis conjunto que no realizamos para respetar el orden del recurso propuesto por el recurrente. Arguye que el recurrente carecía de dolo en la realización del hecho típico y sostiene que era el otro imputado, cuya responsabilidad se declaró prescrita, el verdadero responsable de los hechos.

La alegación que realiza escapa del contenido esencial del derecho fundamental que invoca en la impugnación, consistente en la inexistencia de la precisa actividad probatoria practicada en condiciones de ser valorada por su realización en condiciones de legalidad y regularidad que así lo permiten. El recurrente propone otro ámbito del derecho que invoca, por el que solicita como fundamento de la impugnación el reexamen de la prueba de descargo propuesta por el acusado en el juicio oral, extremo que sólo tendría éxito como soporte de una duda sobre la

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

culpabilidad del acusado en el juicio, afectando al principio in dubio pro reo con afectación del derecho a la presunción de inocencia, lo que no concurre en el presente supuesto de casación en el que el tribunal ha argumentado, con lógica y racionalidad, la intervención directa del acusado en el hecho elusivo del impuesto.

SEXTO.- *En el sexto de los motivos de la impugnación denuncia el error de derecho por la indebida inaplicación del art. 9.10 del Código penal de 1973. Pretende aplicar la atenuante de análoga significación al hecho de la reparación parcial de 120.000 euros de la cuota defraudada.*

La impugnación tiene una base fáctica en el hecho probado "el acusado hizo un depósito de 120.000 euros en el Juzgado de lo penal nº 11 de Madrid, el 14.11.2006 sin hacer reconocimiento de su responsabilidad penal".

La estimación es procedente. De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por todas STS 702/2010, de 9 de julio . En la jurisprudencia de esta Sala se aprecian, al abordar la justificación o fundamentación de la atenuante de reparación del daño dos líneas interpretativas, según se recuerda en las SSTS 809/2007, de 11 de octubre, y 1323/2009, de 30 de diciembre . De una parte, atendiendo a sus fines de política criminal se configura como una atenuante " ex post facto ", que no hace derivar la aminoración de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito. Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. *El elemento sustancial de esta atenuante, desde la óptica de la política criminal, radica pues en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal . Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante.*

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas en general, lo que no excluye a la Hacienda pública, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada (SSTS 285/2003, de 28-2; 774/2005, de 2-6; y 128/2010, de 17-2). De otra parte, se destaca la denominada teoría del "actus contrarius" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis se centra en estimar la reparación del daño como una forma de retorno del autor al ámbito del orden

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

jurídico, del cual se alejó cometiendo el delito. Esta rectificación del hecho y manifestación de acatamiento de la norma, puede consistir en una reparación total o parcial, real o simbólica, de los efectos del delito. Lo decisivo es que exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Ese "actus contrarius" es contemplado como una compensación de la culpabilidad por el hecho cometido (SSTS 625/2001, de 9-4; 1237/2003, de 3-10; y 78/2004, de 31-1). Se requiere del autor un esfuerzo superior al jurídicamente exigible que pueda operar como una atenuación del reproche de culpabilidad (STS 44/2008, de 5-2). En esta segunda perspectiva parece ponderarse la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del art. 21.5ª del C. Penal no lo exija.

Desde la perspectiva expuesta el acto del recurrente, o de su familia, de depositar una cantidad significativa, aunque no sea relevante en la fijación de la definitiva responsabilidad derivada del delito, merece ser apoyada por el ordenamiento, y quienes aplicamos la norma, por significar un actuar positivo de reconocimiento de la vigencia de la norma dirigida a la reparación de los efectos del delito. Claro está que la condición de solvente del recurrente hace que esa actuar positivo deba ser calificado de reparación simbólica.

La aplicación de la atenuación del art. 9.10 o de la atenuación del art.21.6 del vigente Código penal , no tendrá reflejo en la pena privativa de libertad, porque el art. 66 del Código penal ya ha sido aplicado reduciendo la penalidad en dos grados con causa en la atenuación muy calificada en las dilaciones indebidas, aunque sí, como ha instado el Ministerio fiscal en su adhesión al recurso en la determinación de la pena de multa que deberá ser reducida por aplicación de la regla segunda del apartado primero del art. 70 del Código penal que prevé la posibilidad de reducirlas penas de multa. El tribunal de instancia no lo ha realizado y ha impuesto la pena de multa correspondiente al tanto de lo defraudado, procediendo, como insta el Fiscal en su recurso adherido a reducir en dos grados, el mismo criterio de la pena principal, e imponer por el primer delito la pena de 50.000 euros y por el segundo, la de 75.000 euros, en ambos supuestos, con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR PARCIALMENTE** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y de precepto constitucional interpuesto por la representación del acusado Alejandro , contra la sentencia dictada el día 30 de diciembre de dos mil nueve por la Audiencia Provincial de Madrid , en la causa seguida contra el mismo, por delito contra la Hacienda pública, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas . Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra **sentencia** , que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Andres Martinez

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarda Diego Ramos Gancedo

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil once

SEGUNDA SENTENCIA

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 28 de Madrid, con el número 4406/2000 y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, por delito contra la Hacienda Pública contra **Alejandro** y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 30 de diciembre de dos mil nueve , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentenciadictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el sexto de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación parcial del recurso.

III. FALLO

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos a **Alejandro** , como responsable en concepto de autor de A) un delito contra la Hacienda Pública del art. 349 del CP de 1973 en relación al IVA del ejercicio de 1995 , concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena multa de 6.000 € con 10 días de arresto sustitutorio en caso de impago, y multa de 50.000 € , con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de un año, por la defraudación del IVA correspondiente al ejercicio de 1.995, y B) un delito contra la Hacienda Pública del art. 305 del CP vigente en relación al IVA de 1996 , concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de prisión de tres meses menos un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, multa de 75.000 €, con responsabilidad personal subsidiaria, caso de impago, de 20 días, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios fiscales durante un año por la defraudación del IVA correspondiente al ejercicio de 1996, abono de las costas causadas, y a que indemnicen a la Hacienda Pública en 79.441.723 pts.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

(477.409'60 € = 85.050 € + 292.409'60 €), más los intereses de demora tributarios del art. 36 de la LGT , devengados desde la finalización del periodo voluntario de pago del tributo defraudado hasta la sentencia, y al devengo de los demora procesal desde la sentencia hasta el pago ex art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cantidades de las que responderá subsidiariamente la entidad IBERUR, SA.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarda Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN

.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

b.- Sentència delictes contra la seguretat social

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 27 Oct. 2009, rec. 548/2009

Ponente: Colmenero Menéndez de Luarda, Miguel.

Nº de Sentencia: 1046/2009

Nº de Recurso: 548/2009

Jurisdicción: PENAL

Texto

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil nueve

SENTENCIA

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos pende, interpuesto por **Lorenzo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, con fecha diecinueve de Diciembre de dos mil ocho , en causa seguida contra Lorenzo , por delito de falsedad documental y contra la Seguridad

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Social, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Lorenzo , representado por la Procuradora Dña Teresa Castro Rodríguez y defendido por el Letrado Don Valeriano Marqués Maroto. En calidad de parte recurrida , **la acusación particular la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, representada y defendida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 7 de los de Palma de Mallorca, instruyó el procedimiento Abreviado con el número 1010/2.005, contra Lorenzo y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda, rollo 3/08) que, con fecha diecinueve de Diciembre de dos mil ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Se declara probado que el acusado, Lorenzo , mayor de edad, en cuanto nacido el día 24 de mayo de 1952, y condenado en sentencia de fecha 28 de junio de 2006 (confirmada por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial en sentencia de 9 de junio de 2008) por delitos contra la seguridad social y de insolvencia punible, siendo apoderado de la empresa PROYECTOS COESFEN S.L., cuyo objeto socialera, entre otros, la construcción de edificaciones, contrató en fecha 7 de abril de 2003 con FADESA INMOBILIARIA S.L. la prestación de servicios, con la finalidad de realizar obras de construcción de 166 viviendas de la promoción Son Gual, estableciéndose en el mismo como requisito previo para el cobro de las certificaciones de obra la presentación de los correspondientes TC1 y TC2 debidamente sellados y liquidados en el Banco.

Así el acusado, que en principio sí que pagó a la Seguridad Social y lo acreditó a Fadesa correctamente, presentó a esta entidad, ya entre los meses de julio a octubre de 2003, fotocopia de impresos oficiales del Régimen General de la Seguridad Social justificativos de haber efectuado el ingreso de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, con los sellos de la Caixa Galicia y Banco Zaragozano, así como certificaciones de haber satisfecho tales cantidades con las firmas de quienes aparecían como apoderados bancarios, todo ello con la finalidad de poder obtener el pago de las correspondientes certificaciones mensuales, sin que realmente el acusado, pese a haber retenido y descontado en la nómina a sus trabajadores los importes que en concepto de cuota y conceptos de recaudación conjunta se reflejaban en los boletines de cotización, ingresara realmente cantidad alguna a la Seguridad Social durante el período julio de 2003 a octubre 2004, a excepción de mayo de 2004, resultando por ello mendaces en todos sus extremos los TC1 y TC2 presentados por el acusado, así como las certificaciones reseñadas, no habiendo sido firmadas por los apoderados de las entidades bancarias y no siendo auténticos los sellos de las mismas que en ellas constaban, habiendo sido elaborados unos y otros y estampados los sellos reseñados por el acusado o por otra persona a su ruego, dejando de ingresar a la Seguridad Social y generando un

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

descubierto por el período expresado de 398.771,76 euros, correspondiendo una cuantía de deuda en el ejercicio 2004 de 161.027,83 euros.

La empresa Proyectos Coesfen S.L., que había sido constituida a iniciativa del acusado en marzo 2003 tras cesar en la actividad en el año 2002 Formi Construcciones 2000 SL para así seguir operando en el tráfico económico, no era sino una continuación del ejercicio de la actividad empresarial realizada por el acusado con anterioridad entre otras a través de la entidad Formi Construcciones 2000 SL como consecuencia de la exigencia de responsabilidad realizada por la Tesorería General a esta última entidad a finales de 2001 por un importe superior a un millón y medio de euros derivada de su condición de sucesora de entidades, tales como Obras y Construcciones JES S.L., Construcciones esan S.L., Escudero y Llamas Obras Civiles S.L., todas ellas gestionadas y controladas por el acusado y en descubierto con la Seguridad Social tal y como declaró probado la dicha sentencia de 28 de junio de 2006 (dictada por el Juzgado de lo Penal núm. dos de Palma de Mallorca).

Proyectos Coesfen S.L., percibido el importe de las certificaciones de obra y producido el incumplimiento de sus obligaciones de cotización con la Seguridad Social reseñado, cesó en su actividad en noviembre de 2004, cuando la Tesorería General de la Seguridad Social había derivado la responsabilidad anteriormente reseñada de Formi Construcciones 2000 S.L. a Proyectos Coesfen S.L. por considerarla asimismo una sucesora de la anterior.

El acusado en el año 2004 con el fin de continuar operando en el tráfico constituyó y dirigió la entidad Construcciones Montecico S.L. a la cual en el año 2005 asimismo como sucesora de Proyectos Coesfén S.L. se le derivó la deuda de esta última, haciendo con este proceder inoperante en todos los extremos el derecho de crédito de la Tesorería General la Seguridad Social, tal como era la intención inicial del acusado.

La actuación del acusado ha determinado un perjuicio para FADESA derivado el pago de las certificaciones de obra y de la no retención de las mismas así como del no ejercicio del derecho de resolución contractual con Proyectos Coesfén SL ante el desconocimiento del carácter apócrifo de los TC1 y TC2 mensualmente presentados; y ello porque la Tesorería General de la Seguridad Social determinó la responsabilidad solidaria de Fadesa respecto a los descubiertos generados por el acusado durante la vigencia de la subcontrata por un importe de 274.728,12 euros, sin comutar el período junio a agosto de 2004, por ser objeto de tratamiento posterior, emitiendo los correspondientes documentos de reclamación y habiendo satisfecho por tal concepto Fadesa la cantidad de 275.930'08 euros"(sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** al acusado Lorenzo , como responsable de un delito continuado de falsedad documental y de otro delito continuado contra la Seguridad Social precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por el delito de falsedad, a la pena de **UN AÑO Y DIEZ MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, ya la de **DIEZ MESES** de **MULTA** con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal de un día por cada dos cuotas impagadas, y por el delito

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

contra la Seguridat Social, a la de CUATRO AÑOS de PRISIÓN, con la misma accesoría antedicha, ya la de OCHOCIENTOS MIL EUROS; y al pago de la mitad de las costas procesales.

Por vía de responsabilidad civil abonará a la Tesorería General de la Seguridad Social la cantidad de CIENTO VEINTIDÓS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN EUROS Y SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (122.841'68) y a la legal representación de Fadesa, la de DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA EUROS y OCHO CÉNTIMOS (275.930'08); todo ello como indemnización de perjuicios(sic).*

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de forma por **Lorenzo** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el correspondiente recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Lorenzo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1.-Por infracción de Ley, al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando vulneración por aplicación indebida de los artículos 392 en relación con el artículo 390.1, ambos del Código Penal (modalidades falsarias 1ª, 2ª y 3ª).
- 2.-Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando vulneración por aplicación indebida de los artículos 392 en relación con el artículo 390.1 del Código Penal (modalidades falsarias 1ª, 2ª y 3ª).
- 3.-Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando vulneración por aplicación indebida de los artículos 392 en relación con el artículo 390.1 del Código Penal (modalidades falsarias 1ª, 2ª y 3ª), en relación con el artículo 397 del Código Penal).
- 4.-Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando vulneración por aplicación indebida de los artículos 392 en relación con el artículo 395 del Código Penal (modalidades falsarias 1ª, 2ª y 3ª), también en relación con el delito de defraudación a la Seguridad Social, art. 307 C.P ., y con el artículo 8 del Código Penal .
- 5.-Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando vulneración por aplicación indebida del artículo 307 . No concurre en el presente caso el elemento subjetivo del tipo.
- 6.-Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando vulneración por aplicación indebida del artículo 307 . No concurre tampoco el elemento objetivo del tipo.
- 7.-Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando vulneración por aplicación indebida del subtipo agravado del artículo 307.1 .a). En absoluto cabe hablar de persona interpuesta de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social: NO HAY DUDAS DEL VERDADERO OBLIGADO.
- 8.-Por infracción de Ley, al amparo del nº 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al entender que existe error de hecho en la valoración de

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

la prueba documental, infringiéndose el artículo 741 de la L.E.Crim ., y el artículo 9 de la Constitución Española.

9.-Por infracción de precepto constitucional, con cauce procesal en el artículo 852 L.E.Crim . y art. 5.4 L.O.P.J ., fundándolo en la infracción del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, lo impugnaron respectivamente; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Noveno.-Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día veinte de Octubre de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el motivo primero y en el segundo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 392 en relación con el 390.1 del Código Penal , pues, luego de mencionar el principio acusatorio en el sentido de que las acusaciones consideraron que se trataba de documentos oficiales o, subsidiariamente, de documentos privados, sostiene que no se trata de documentos oficiales ya que los que se dice falsificados son meras fotocopias no autenticadas cuyo destino siempre sería la empresa FADESA y no la Seguridad Social. En ese caso, dice, la punibilidad estaría subsumida en la propia de la estafa o de la defraudación a la Seguridad Social.

1. Son documentos oficiales los que provienen de las Administraciones públicas y son emitidos por autoridades o funcionarios con la finalidad de satisfacer de alguna forma las necesidades derivadas del servicio público o para cumplir las funciones que les atribuye el ordenamiento. Los impresos TC1 y TC2, como tales impresos, no son otra cosa que unos formularios, unas plantillas normalizadas, emitidas por organismos oficiales en las que constan los campos que han de ser cubiertos por quienes hacen la declaración y, en su caso, realizan el pertinente ingreso. Antes de ese momento, carecen en realidad de carácter documental, pues no plasman cosa alguna, es decir, no expresan ni incorporan datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica (artículo 26 del Código Penal). Los impresos, llamados oficiales en significado de normalizados por la Administración, solo adquirirán carácter de documento oficial cuando sobre ellos, una vez cubiertos los campos que procedan con los datos correspondientes, se haya concretado una intervención de una autoridad o funcionario público. La alteración relevante efectuada sobre ellos a partir de ese momento, constituirá un delito de falsedad en documento oficial.

Igualmente, cuando se trata de la figura de la simulación documental, la creación de un documento falso con apariencia de que en él ha intervenido una autoridad o funcionario público, constituirá una falsedad en documento oficial.

De otro lado, tal como se recuerda en la STS nº 575/2007, que cita la STS nº 386/2005, de 21 de marzo , la doctrina de esta Sala ha eliminado la anterior categoría de documentos públicos u oficiales por destino, que en otros momentos era admitida (SSTS de 9 de febrero y 16 de mayo de 1990), criterio del que ya se

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

separan las SSTS de 11 y 25 de octubre del mismo año, y que hoy es la consolidada de la Sala, y hay que estar a la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz (SSTS de 10 de marzo de 1993, 28 de mayo de 1994, 10 de septiembre de 1997). Sin embargo, algunas sentencias han señalado que tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico (SSTS de 19 de septiembre de 1996, 4 de diciembre de 1998, 3 de marzo de 2000, 10 y 16 de junio de 2003 y 24 de enero de 2002 y STS 32/2006).

2. El Tribunal declara probado que el recurrente presentó a Fadesa, con la finalidad de cobrar las cantidades correspondientes a obras ya ejecutadas, fotocopia de impresos oficiales del Régimen General de la Seguridad Social justificativos de haber efectuado el ingreso de las cuotas correspondientes a aquella, con los sellos de dos entidades bancarias, así como certificaciones de haber satisfecho tales cantidades, con las firmas de quienes aparecían como apoderados bancarios, sin que ingresara cantidad alguna, resultando mendaces los TC1 y TC2 presentados así como las certificaciones, no habiendo sido firmadas por los apoderados de las entidades bancarias y no siendo auténticos los sellos que en ellas constaban. Asimismo, valorando la prueba, especialmente testifical, que se trataba de fotocopias de originales elaborados ad hoc, en cuanto un testigo declaró que los TC1 y las certificaciones las recogían de la gestoría. De esa forma, la falsedad se comete sobre un documento original y no sobre una fotocopia.

No obstante, el documento sobre el que se realiza la alteración, haciendo figurar la intervención de personas que no la han tenido y simulando el documento de ingreso como si fuera auténtico, tanto en cuanto a quienes lo autorizan como en relación a la propia existencia del negocio que documenta, no es todavía un documento oficial, pues sobre él aún no se había producido ninguna intervención de autoridad o funcionario público, ni real ni simulada, relacionada con el cumplimiento de sus funciones. Tampoco la finalidad del documento creado era exclusivamente su incorporación a un expediente o procedimiento público para provocar una actuación errónea de la autoridad o funcionario, lo que plantearía otros problemas diferentes, sino su utilización como elemento determinante del pago de las certificaciones por parte de la empresa Fadesa, que había encargado la realización de las obras y que exigía la acreditación del pago a la Seguridad Social de las cantidades pertinentes.

Por lo tanto, no se trata de documentos oficiales.

3. Sin embargo, dado que en los documentos se hace figurar falsamente la intervención de quienes actúan en nombre y representación de entidades bancarias para acreditar la realización de ingresos en las mismas de determinadas cantidades en concepto de pagos de seguros sociales, y dado que la sentencia en el FJ 2º a) así lo considera, puede cuestionarse si los documentos tienen el carácter de mercantiles, entendiendo por tales, tal como se recoge de forma pormenorizada en la STS nº 788/2006, "todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales «no sólo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquéllos que

recojan una operació de comerç o tinguin validesa o eficàcia per fer constar drets u obligacions de tal caràcter o sirvan per demostrar-les, criteri acompanyat, a més, per un concepte extensiu de lo que sea aquella particular activitat». Aunq ue m ás adelante señala que, "...no obstante, la moderna jurisprudencia no se ha mostrado insensible al sentido restrictivo del concepto que impera en la praxis mercantilista, habiéndose declarado que el hoy artículo 392 del Código Penal se refiere sólo a aquellos documentos mercantiles merecedores de una especial protección, porque su materialidad incorpora una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, lo que es la «ratio legis» de la asimilación, de modo que «no es suficiente con que se trate de un documento utilizado en el tráfico mercantil, sino que se requiere una especial fuerza probatoria, como ocurre con las letras de cambio, que sin una protección especial difícilmente podrían ser transmisibles por endoso en la forma habitual». Tesis que se mantiene entre otras en la STS nº 274/1996 y en la STS nº 267/2004 , diciéndose en la primera de ellas que "básicamente deben ser considerados documentos mercantiles los documentos transmisibles por vía de endoso y cualquier otro que tenga un valor probatorio en el tráfico que sea superior al de un documento privado en el sentido del art. 1225 CC ".

A pesar de estas precisiones, no puede dejar de valorarse que ni el Código Civil, ni el de Comercio ni la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen distinciones sustanciales de carácter general entre documentos privados y documentos mercantiles en cuanto a su valor probatorio, por lo que en definitiva, la equiparación de esta última clase de documentos a los públicos y oficiales residirá más bien en la clase de operaciones respecto a las que los datos, hechos o narraciones que incorporan tienen eficacia probatoria u otro tipo de relevancia jurídica.

De acuerdo con esta doctrina, *las certificaciones emitidas por apoderados de entidades bancarias relativos a la realización de ingresos en metálico en determinadas cuentas abiertas en las mismas, puede ser considerado documento mercantil.*

4. La cuestión se plantearía, en este caso, en relación con el principio acusatorio, pues ninguna acusación consideró expresamente que los documentos falsificados tuvieran naturaleza mercantil. El principio acusatorio excluye que nadie pueda ser condenado si previamente no se ha presentado contra él una acusación válida. Por lo tanto, su vigencia da lugar a la exigencia de congruencia entre acusación y sentencia, de forma que ésta no supere los límites establecidos por la primera. En consecuencia, vincula al Tribunal, a través de los planteamientos de la acusación o acusaciones, a la identidad de las personas acusadas, pues no otras pueden ser condenadas, a los hechos que constituyen el objeto del proceso, delimitados finalmente por las conclusiones definitivas, y a la calificación jurídica. Así como la identidad subjetiva no admite matizaciones, no ocurre lo mismo en relación a los hechos y a su calificación jurídica. Respecto a los primeros, la jurisprudencia ha admitido que el Tribunal redacte definitivamente los hechos probados en función del resultado de la prueba practicada, prescindiendo de algunos aspectos que considere no acreditados, o, incluso, añadiendo aspectos fácticos no contemplados en la acusación que entienda probados y que aclaran el relato fáctico, siempre que se trate de elementos circunstanciales que no afectan al núcleo esencial del hecho imputado, de forma que de ellos no se deriven consecuencias más gravosas para el acusado. En definitiva, en función de la necesidad de una acusación previa, es

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

exigible en todo caso que el acusado haya podido defenderse de la imputación fáctica en aquellos aspectos que produzcan consecuencias desfavorables.

En el caso, los hechos de la acusación, respecto de los que el acusado debíaaorganizar su defensa, son coincidentes con los que se declaran probados en la sentencia, en cuanto se refieren a la confección y aportación de unos determinados documentos, por lo que no hay elemento alguno de carácter fáctico contenido enesta última del que el acusado no haya tenido la posibilidad de defenderse.

La calificación jurídica ahora considerada no altera el precepto penal que se considera infringido, modificando exclusivamente la naturaleza del documento, sin que se altere la consecuencia penológica, de modo que no se trata de una modalidad delictiva más grave que la contemplada en la acusación. La jurisprudencia se inclina a negar en estos casos la infracción del principio acusatorio. Como se recuerda en la STS núm. 1954/2002, de 29 de enero de 2003 "Los términos jurídicos también pueden ser modificados si se acoge una subsunción técnicamente más correcta o acorde con lo que el Tribunal estimerealmente acreditado, siempre que se trate de una infracción de igual o menor entidad y sea homogénea. Como señala la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas STC 225/1997) y de esta Sala (S. 20 de marzo de 2001, núm. 439/2001) el principio acusatorio no veda la subsunción del hecho en la calificación jurídica más correcta respetando los límites anteriormente expuestos. So pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos "y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo" (STC 10/1988 recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso». (STS nº 1198/2005).

4. De todos modos, se trataría de un documento privado, calificación contemplada como alternativa por las acusaciones, empleado para obtener de Fadesa el pago de las certificaciones por obras ejecutadas ocultándole la satisfacción de las correspondientes obligaciones con la Seguridad Social, de cuyo pago podría ésta resultar responsable solidaria. Es cierto, como alega el recurrente, que Fadesa pudo incurrir en negligencia al no solicitar a la Seguridad Social certificación de quela subcontrata, es decir, la empresa del acusado recurrente, se hallaba al día en el cumplimiento de sus obligaciones, pero tal forma de proceder no excluye la intención del recurrente de causar perjuicio al falsificar el documento, y esa intención y la alteración o simulación del documento es lo único que exige el tipo.

En consecuencia, los motivos se estiman parcialmente en cuanto que la condena se producirá por falsificación de documento mercantil, aun cuando no tenga reflejo en la pena.

SEGUNDO.- En el motivo tercero, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la vulneración de los artículos 392 en relación con el 390.1 y ambos en relación con el 307 del Código Penal . Argumenta que aunque se dice que empleó mendacidad para percibir el cobro de las ejecuciones de obra que iba realizando, no puede afirmarse que el engaño fuera bastante, ya que era evidente que la copia

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

que entregaba correspondía al ejemplar de remisión a la Tesorería General de la Seguridad Social que nunca podría tener en su poder el acusado.

El motivo debe ser desestimado. Dejando a un lado que la imposibilidad que el recurrente alega es solamente relativa, ya que podría haber obtenido una fotocopia de la misma entidad bancaria, la existencia de un engaño bastante es irrelevante, ya que no se ha producido condena por estafa, ni es pretendida en casación por ninguna de las acusaciones, que no han formalizado recurso. La concurrencia de engaño bastante, en el sentido de idóneo para provocar un error que de lugar a un acto de disposición, no es elemento del tipo del delito de falsificación en documento mercantil o en documento privado, ni tampoco del delito previsto en el artículo 307 del Código Penal .

TERCERO.- En el cuarto motivo, por la misma vía, afirma que se ha vulnerado el artículo 392 en relación con el 395 en relación con el artículo 307 y 8 del Código Penal . Sostiene que al tratar de causar perjuicio a la Seguridad Social mediante la falsificación del documento privado, la condena por el último delito debería absorber la correspondiente al primero.

1. La cuestión carece de interés casacional si se tiene en cuenta que el recurrente será condenado por un delito de falsedad en documento mercantil, que no requiere la intención de perjudicar a otro como elemento del tipo subjetivo.

2. En cualquier caso, según el hecho probado, la falsificación de los documentos no se dirigía a la Seguridad Social con la pretensión de acreditar la realidad del pago y causar así un perjuicio a aquella, sino que tenía la única finalidad de obtener el pago de las ejecuciones de obra ya realizadas, aunque sin haber cumplido el requisito impuesto por la empresa que debería abonarlas, Fadesa, relativo al previo pago de las cantidades correspondientes a la Seguridad Social. De manera que las falsificaciones documentales no tienen ninguna relación con el delito contra la Seguridad Social por el que también ha recaído la condena.

El motivo se desestima.

CUARTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , sostiene que se ha infringido por aplicación indebida el artículo 307 del Código Penal . Sostiene que no concurre el elemento subjetivo, ya que el acusado declaró en todo momento a la Seguridad Social la deuda que se iba generando por las cuotas debidas. No se cuestiona el hecho de que en todo momento se realizaron oportunamente las declaraciones TC1 y TC2 en las que constaba la deuda. No se acusa ni se infiere que no se haya declarado la deuda o que se haya hecho por cantidad distinta de la debida. Entiende que el hecho del impago, por sí mismo, no supone defraudación a la Seguridad Social.

En el motivo noveno denuncia la vulneración de la presunción de inocencia remitiéndose a los anteriores motivos.

Dado que las alegaciones relativas a este último se relacionan directamente con el resto de cuestiones planteadas, pueden ser examinados conjuntamente.

1. En realidad, la conducta defraudatoria, consistente en la ocultación de datos relevantes para la determinación de la cantidad a ingresar a la Seguridad Social o a la Hacienda Pública, en su caso, es un elemento del tipo objetivo. El elemento del tipo subjetivo debe proyectarse sobre el conocimiento de la existencia de dicha

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

conducta y de su significado y consecuencias. En cualquier caso, su concurrencia se examinará.

Aunque se trataba de un caso de subvenciones, en la STS nº 2052/20002, se decía que "hoy día nadie discute que el Derecho Penal debe ser el instrumento reactivo, para sancionar aquellas conductas que valiéndose de artificios o engaños, defraudan a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social en las cantidades que el legislador ha estimado relevantes para imponer una sanción penal, dejando para la actividad sancionadora administrativa, las defraudaciones que estén por debajo del límite marcado (...)". "La defraudación incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial que, por razones de política criminal, sólo merece una pena cuando la cantidad defraudada supera las barreras señaladas por el legislador"

2. El artículo 307 sanciona, entre otras conductas, al que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta. La conducta típica, pues, consiste en defraudar eludiendo el pago.

En la STS nº 1333/2004 , en relación con el empleo del término "eludir", luego de señalar que "equivale a esquivar el pago de las cuotas de la Seguridad Social o de los tributos, que puede hacerse a través de una declaración falsa (acción) o también por no hacer la declaración debida (omisión)", se afirma que "ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social", relacionando los términos empleados con el paralelo delito fiscal del artículo 305 .

Aparentemente en sentido diferente, de la STS nº 523/2006 , podría deducirse que sería bastante la mera omisión del pago. Argumentaba esta Sala en esa ocasión que "cuando la Ley define la conducta típica hace referencia tanto a la acción como a la omisión. Por lo tanto, esta equivalencia de ambas formas de la conducta demuestra que la simple omisión es suficiente, pues si se exigiera que la omisión fuese acompañada de una «maniobra de elusión o defraudación», que sólo puede ser, por definición, activa, la referencia a la omisión sería superflua. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el delito del art. 307 CP. consiste en la infracción de un deber que incumbe al agente de la retención y que tal infracción se configura mediante la retención indebida de sumas que debería haber ingresado".

Sin embargo, ello no quiere decir que, cuando se ha comunicado la existencia de la deuda, sea bastante el impago para configurar el delito, pues *la omisión a la que se refiere no puede vincularse solo con el pago, sino necesariamente con la declaración previa, a la que el sujeto viene obligado. La descripción típica no se limita a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber exista y se supere una determinada cantidad, sino que exige que ello se haga, además, defraudando. La acción típica no es no pagar, sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas. Y, en cualquier caso, la precisión del concepto de lo que significa "defraudar eludiendo", debe superar la situación creada por quien comunica la existencia de la deuda y luego no realiza el ingreso que reconoce*

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

deber, sean cuales sean los cauces empleados para no realizar tal ingreso. La omisión, en consecuencia, será una acción típica porque supone una conducta en la que implícitamente se afirma que no concurren los presupuestos fácticos que harían obligatorio el pago de las cuotas o cantidades correspondientes. En este sentido, aunque referida al delito fiscal del artículo 305 , en el que igualmente la acción típica examinada es defraudar eludiendo el pago, se pronunció esta Sala en la STS nº 1505/2005 , en la que se concluye que "no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basó se origina". En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS nº 801/2008 , en la que se afirmó que "Para que se produzca la conducta típica del art. 305 C.P ., no basta el mero impago de las cuotas, porque el delito de defraudación tributaria requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de las bases tributarias (véase STS de 20 de junio de 2.006 , entre otras)".

3. La posible confusión deriva principalmente de la identificación de maniobra mendaz o maniobra de elusión con el engaño o maniobra engañosa propia de la estafa, a la que, por otra parte se podrían asemejar algunas conductas contenidas en el artículo 305 .

Cuando se trata de la conducta consistente en defraudar eludiendo el pago del tributo o, en el caso presente, eludiendo el pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social, es claro que el tipo objetivo no exige un engaño consistente en una maquinación de contenido bastante para conseguir un acto de disposición del engañado en su perjuicio o en el de un tercero . No es preciso, por lo tanto, un engaño de la clase del exigido en la estafa.

Pero en ambos supuestos, ha de partirse de que la ley impone al obligado una conducta, un deber, consistente en declarar correctamente los hechos relevantes tributariamente o los hechos de los que nace la obligación de pago de las cuotas, y seguidamente, el deber de pagar o de ingresar el importe pertinente. Al exigir no solo la elusión del pago, sino que ello se haga mediante defraudación, no puede entenderse que se persigue penalmente a quien no puede, temporal o definitivamente, pagar lo que corresponde, o a quien, simplemente ha decidido no pagar, aun cuando deba luego hacer frente a las correspondientes sanciones administrativas a causa del impago. Ni tampoco a quien no declarando correctamente, sin embargo paga lo que procede, si ello fuera posible.

Por el contrario, la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declara correctamente o simplemente no declara y, además, no paga. Es decir, que a los efectos de estos delitos, la defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde.

4. Desde el punto de vista del significado de las palabras, según el DRAE, defraudar significa en su tercera acepción "eludir o burlar el pago de los impuestos

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

o contribuciones", entendimiento que debe ser rechazado para evitar la reiteración de dos términos con el mismo significado. Pero también significa, en su primera acepción "privar a alguien con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho", lo cual coincide con el sentido que se propone, en cuanto que las obligaciones del contribuyente o de quien debe ingresar las cuotas a la Seguridad Social vienen precedidas del deber de declarar, que es, precisamente, el primero que se incumple, dando lugar a la elusión del pago de la cantidad debida.

En conclusión, partiendo del deber de declarar y pagar o ingresar lo procedente, la conducta típica "defraudar eludiendo" exige el desarrollo de acciones u omisiones que provoquen la ocultación de los hechos relevantes, tributariamente o en relación al ingreso de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social. Lo cual puede producirse mediante la mera omisión de la declaración o bien mediante una declaración incompleta, pues tanto una como otra ocultan la realidad y en ese sentido suponen una defraudación.

5. En el caso, el recurrente afirma que consta en la causa informe de la Inspección de Provincial de Trabajo y Seguridad Social, folios 225 y siguientes, en los que se reconoce que la empresa desde su alta el 9 de marzo de 2003 presenta al sellado los documentos de cotización, pero se encuentra en descubierto total desde 7/2003 a 10/2004, a excepción del mes 5/2004, de donde deduce que debe entenderse acreditado que el acusado recurrente, en nombre de la empresa, declaraba mes a mes la deuda existente, aunque luego no ingresara las cantidades resultantes de la declaración.

Por la vía del artículo 849.2º de la LECrim, en el motivo octavo, que debe ser ahora examinado, sostiene la existencia de error en la apreciación de la prueba derivado precisamente de ese documento.

En la sentencia tal cosa no se declara probada, aunque, en realidad, tampoco consta lo contrario en la narración fáctica, en la que sí se dice que luego de descontar y retener a los trabajadores los importes correspondientes a las cuotas ya los conceptos de recaudación conjunta que "se reflejaban en los boletines de cotización", no ingresó cantidad alguna. De todos modos, en los hechos probados no se declara que no hubiera declarado, o que lo hubiera hecho de forma incorrecta, de manera que la conducta imputada se contrae al impago.

En cualquier caso, el motivo por error en la apreciación de la prueba, en lo que se refiere al documento mencionado, debe ser estimado, incorporando al hecho probado de forma expresa que la entidad Proyectos Coesfen, S.L. según el historial de recaudación, "desde su alta en fecha 9.4.2003, presenta al sellado los documentos de cotización pero se encuentra en descubierto total desde 7/2003 a 10/2004 a excepción del mes 5/2004 en el que ingresa la cuota fuera del plazo reglamentario".

Desde la perspectiva expuesta, los hechos declarados probados no son típicos, en cuanto que el obligado cumplió su deber de declarar y lo hizo correctamente, permitiendo a la Seguridad Social conocer la deuda y actuar las facultades que le concede el ordenamiento, y aunque luego incumpliera el deber consistente en pagar no incurrió en una conducta que pueda calificarse como defraudadora.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

6. La Audiencia basa la existencia de una conducta defraudatoria y elusiva en el hecho de que el acusado operaba primero con otras entidades, dejándolas sin actividad en un momento determinado y continuando con la referida en los hechos probados, Proyectos Coesfen, S.L., a la cual también dejó sin efectividad cuando la Seguridad Social se dirigió a la misma reclamando las cantidades impagadas, no solo a su nombre, sino también como sucesora de las anteriores. Desde ese momento, constituyó otras entidades, traspasando, al menos en parte, los trabajadores, todo ello con la finalidad de no pagar o de dificultar el cobro. Parte de estos hechos, los anteriores a la constitución de Proyectos Coesfen, S.L. narrados en el relato fáctico, han sido objeto de otro procedimiento, que ha finalizado, según consta en la sentencia, con sentencia condenatoria por delitos contra la Seguridad Social y de alzamiento de bienes.

En realidad, la realización de maniobras encaminadas a dificultar el cobro por parte de la Seguridad Social o a constituir a la sociedad obligada en insolvencia mediante el cese total de sus actividades y la correlativa descapitalización, no afectan a la existencia de un delito de defraudación a la Seguridad Social, eludiendo el pago de las cuotas y de los conceptos de recaudación conjunta, si el obligado en su momento cumplió con el deber de declarar comunicando correctamente la existencia de los hechos que generan el deber de pagar, tal como se ha señalado con anterioridad. De la misma forma, quien oculta el dinero o bienes que posee con la finalidad de evitar el pago de impuestos o de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, no por ello comete un delito contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social. Tales actuaciones, en tanto posteriores al nacimiento de la deuda y a las pertinentes declaraciones sobre la misma, podrían constituir un delito de alzamiento de bienes en cuanto buscan impedir a los acreedores, en este caso la Seguridad Social, la percepción de las cantidades que en aquellos conceptos le correspondían y a cuyo pago estaba obligada la entidad empleadora. Es, sin embargo, cuestión que no puede ser ahora examinada, al no existir acusación sobre este extremo.

En consecuencia el motivo se estima, y se dictará segunda sentencia acordando la absolución por el delito contra la Seguridad Social.

7. La absolución no afecta a la responsabilidad civil respecto de la entidad Fadesa. Es cierto como señala el recurrente que ésta pudo y debió solicitar por escrito a la Seguridad Social certificación negativa de descubiertos conforme al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, las disposiciones de ese precepto establecen la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las deudas de los contratistas y subcontratistas con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata, salvo que habiendo solicitado aquella certificación la Tesorería General de la Seguridad Social no la hubiere librado por escrito en el término de treinta días improrrogables. Pero la existencia de una posibilidad de exonerarse de la responsabilidad que de otro modo le correspondería afrontar, no impide que el origen de su perjuicio se encuentre en el engaño llevado a cabo mediante la falsificación de documentos que le fueron presentados por el contratista o subcontratista. Es decir, que en el caso, aun cuando no haya sido apreciado un delito de estafa, el perjuicio consistente en la obligación de abonar a la Seguridad Social las cantidades que el acusado dejó de pagar a través del obligado Proyectos Coesfen, S.L., tiene su origen en los documentos falsificados,

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

que indujeron a error a los responsables de Fadesa de forma que no consideraron necesario solicitar la referida certificación.

Ordinariamente, el delito de falsedad documental no da origen a indemnización de perjuicios. Pero no es imposible conceptualmente vincular a una falsedad la causación de un perjuicio que debe ser indemnizado. En la STS nº 33/2003, de 22 de enero, se decía que "...criminalizando las falsedades se trata de proteger también otros valores, como la confianza en la capacidad probatoria de los documentos, bien dentro de un proceso o en toda la clase de relaciones jurídicas entre particulares y entre éstos con la sociedad, el tráfico económico e incluso con las entidades públicas de carácter estatal, autonómico o local. Es decir, la dimensión del bien jurídico protegido es mucho más extensa y no se debe descartar de plano que, en algunas ocasiones la realización de actividades falsarias produzca, por sí misma y sin necesidad de la concurrencia de infracciones patrimoniales, unos efectos dañinos de carácter económico que tienen su origen directo en la confección de los documentos falsos. Cuando esto sucede y se contrasta, como en el caso presente, que las actividades del sujeto activo produjere de manera directa y causal un perjuicio económico que se cuantifica en la sentencia y que se señala como indemnización económica en la parte dispositiva, no existen obstáculos para acordar la consiguiente responsabilidad civil".

En el mismo sentido se pronunció esta Sala, en un caso similar al presente, en la STS nº 1333/2004.

QUINTO.- En el motivo sexto, por la misma vía de impugnación, denuncia la infracción del artículo 307 del Código Penal, pues las cuantías no pagadas no alcanzan los 120.000 euros, ya que la Seguridad Social, en uso de sus facultades de autotutela, consiguió cobrar cantidades frente a obligados solidarios que reducen la cantidad debida a menos del límite legal.

En el séptimo denuncia la indebida aplicación del subtipo agravado por la utilización de persona interpuesta de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado.

En el motivo octavo, con apoyo en el artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba y designa como documentos el informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de los folios 225 y siguientes y los documentos aportados con la querrela de los que resulta que el recurrente ha aparecido en todo momento como administrador único de la entidad Proyectos Coesfen, S.L. por lo que nunca ocultó su identidad.

1. Salvo lo relativo al primer documento designado en el motivo octavo, ya examinado con anterioridad, la restante alegación de este motivo y los otros dos, han quedado sin contenido dada la estimación del anterior motivo quinto.

2. En cualquier caso, respecto del primero de ellos puede decirse con carácter general que el delito viene configurado por la cantidad dejada de pagar por parte del obligado, y no por la diferencia entre lo dejado de pagar y lo que la Seguridad Social consiga cobrar efectivamente tras la acción del autor.

Con excepción del apartado a) del motivo octavo, se desestiman los tres motivos.

III. FALLO

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal del acusado **Lorenzo** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda), con fecha 19 de Diciembre de 2.008, en causa seguida contra el mismo, por delito de falsedad documental y contra la seguridad social. Con declaración de oficio de las costas correspondientes al presente recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, Andres Martinez Arrieta **Miguel Colmenero Menendez de Luarda** Alberto Jorge Barreiro Enrique Bacigalupo Zapater

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil nueve

SEGUNDA SENTENCIA

El Juzgado de Instrucción número 7 de los de Palma de Mallorca, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 3/2.008 por delito de falsedad documental, estafa y contra la seguridad social y alzamiento de bienes, contra Lorenzo, con D.N.I. nº NUM000, hijo de Juan y de Ángeles, nacido en Villarobledo (Albacete), el 24-05-1952; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª, rollo 3/2.008) que, con fecha diecinueve de Diciembre de dos mil ocho, dictó Sentencia condenando al acusado Lorenzo, como responsable de un delito continuado de falsedad documental y de otro delito continuado contra la Seguridad Social precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por el delito de falsedad, a la pena de un año y diez meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, ya la de diez meses de multa con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal de un día por cada dos cuotas impagadas, y por el delito contra la Seguridad Social, a la de cuatro años de prisión, con la misma accesoria antedicha, ya la de ochocientos mil euros; y al pago de la mitad de las costas procesales. Por vía de responsabilidad civil abonará la Tesorería General de la Seguridad Social la cantidad de ciento veintidós mil ochocientos cuarenta y un euros y sesenta y ocho céntimos (122.841'68) y a la legal representación de Fadesa, la de doscientas setenta y cinco mil novecientos treinta euros y ocho céntimos (275.930'08); todo ello como indemnización de perjuicios. Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** por el acusado, y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede condenar al acusado Lorenzo como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil a la pena de un año y diez meses de prisión y diez meses de multa con cuota diaria de seis euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día por cada dos cuotas impagadas.

Asimismo, procede acordar la absolución por el delito contra la Seguridad Social por el que venía condenado.

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Lorenzo como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil a la pena de un año y diez meses de prisión y diez meses de multa con cuota diaria de seis euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas en caso de impago de la multa.

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Lorenzo del delito contra la Seguridad Social del que venía acusado.

Se deja sin efecto la indemnización acordada a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se mantiene la indemnización acordada a favor de Fadesa, en sus mismos términos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Enrique Bacigalupo Zapater **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

PUBLICACIÓN

.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Voto Particular

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

VOTO PARTICULAR

FECHA:24/11/2009

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. Andres Martinez Arrieta, contra la sentencia núm. 1046/2009, dictada en el recurso de Casación nº 548/2009

Desde el respeto a mis compañeros expreso a través del presente voto particular mi disensión a la misma, resumiendo los argumentos que expuse en la deliberación.

La razón de mi discrepancia radica en la absolución del recurrente del delito del art. 307 del Código penal, el delito de defraudación a la Seguridad Social, al estimar un motivo formalizado por error de derecho. El núcleo de la argumentación de la Sentencia de la que discrepo es el de entender que el tipo penal del art. 307 consiste en "defraudar, por acción u omisión, eludiendo el pago", añadiendo que "es claro que el tipo objetivo no exige un engaño consistente en una maquinación de contenido bastante para conseguir un acto de disposición del engañado en su perjuicio o en el de un tercero. No es preciso, por lo tanto un engaño de la clase del exigido en la estafa", aunque es claro que "la ley impone al obligado una conducta, un deber, consistente en declarar correctamente los hechos relevantes tributariamente [art. 305 Cp], o los hechos de los que nace la obligación de pago de las cuotas [art. 307 Cp], y, seguidamente, el deber de pagar o de ingresar el importe pertinente".

Básicamente estoy de acuerdo con el anterior argumento, si bien discrepo en su aplicación en el caso concreto. La sentencia de la mayoría entiende que como el recurrente no defraudó al tiempo de la declaración a la Seguridad social, la omisión del pago de la deuda para con el instituto público de la Seguridad Social no es típica.

A esa consideración opongo dos objeciones. En primer lugar una nacida de nuestra propia jurisprudencia. En la Sentencia 523/2006, de 19 de mayo, frente a una argumentación coincidente con la que se mantiene en la Sentencia de la que discrepo, según la cual la tipicidad exige algo más que no pagar y se requiere una maniobra de elusión o defraudación, se afirma que en el art. 307 al definir la conducta típica "hace referencia tanto a la acción como a la omisión. Por lo tanto, esta equivalencia de ambas formas de la conducta demuestra que la simple omisión es suficiente, pues si se exigiera que la omisión fuese acompañada de una "maniobra de elusión o defraudación", que sólo puede ser, por definición, activa, la referencia a la omisión sería superflua. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el delito del art. 307 CP. consiste en la infracción de un deber que incumbe al agente de la retención y que tal infracción se configura mediante la retención indebida de sumas que debería haber ingresado". No ha de olvidarse que en este supuesto el autor ha detraído sumas correspondientes a la cuota del trabajador y ha incumplido su obligación de pago de las cantidades retenidas y las que a él le corresponden como empleador. Esta Sentencia, aunque es recogida en la argumentación de la Sentencia de la mayoría es interpretada en un sentido contrario al que resulta de su dicción literal.

Pero es que, en todo caso, aún cuando se requiera como requisito de la tipicidad una defraudación, como creo que es procedente, ésta concurre en el hecho

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

probado. En efecto, el hecho probado, en el particular que interesa a la subsunción, afirma que el acusado, anteriormente condenado por delito de defraudación a la seguridad social, contrató con una inmobiliaria la realización de obras de construcción, pactando en el contrato con la inmobiliaria que el cobro de servicios sería por certificaciones y como requisito previo "la presentación de los correspondientes TC1 y TC2 debidamente sellados y liquidados pro el banco". Se relata que el acusado era el apoderado de COESFEN SL y que con anterioridad lo había sido de FIORMI Construcciones 2000, Obras y Construcciones ESAM SL, Escudero y Llamas Obras civiles, y Construcciones JES SL, "todas ellas gestionadas y controladas por el acusado y en descubierto con la seguridad social". El relato fáctico se complementa con la afirmación de que el acusado con posterioridad al hecho enjuiciado, "con el fin de continuar operando en el tráfico constituyó y dirigió la entidad Construcciones Montecinco S.L. a la cual en el año 2005 asimismo como sucesora de Proyectos Coesfen S. L. se le derivó la deuda de esta última, haciendo con este proceder inoperante en todos los extremos el derecho de crédito de la Tesorería General de la Seguridad social, tal y como era la intención inicial del acusado".

A ese hecho ha de estarse y en el mismo se declara que el acusado actuaba en el sector de la construcción, con distintas empresas con las que incumplía sus obligaciones para con la seguridad social, pese a detraer a sus trabajadores las cuotas a la seguridad social, cambiando de sociedad en la medida en que era descubierto en sus impagos, procediendo a sustituir las sociedades constructoras que se sucedían unas a otras en la actividad constructora, haciendo ineficaces los derechos de cobro de la seguridad social.

Del relato fáctico extraemos dos hechos de singular relevancia en la tipicidad del delito del art. 307. En primer lugar, el acusado, por omisión, eludió el pago de las cuotas a la seguridad social a las que estaba obligado como empresario y como receptor de la cuota de los asalariados, y, además, el recurrente realizó una maquinación consistente en cambiar el nombre de la empresa constructora para dificultar la actuación del cobro de las cantidades debidas por parte de la seguridad social y esa conducta era realizada según un diseño planteado por el acusado para no pagar. Esa conducta consistente en cambiar el nombre de la sociedad, dedicándose a la misma actividad, para eludir el pago de sus obligaciones era realizada periódicamente, según consta probado, y con la finalidad de, se declara probado, de "hacer inoperante en todos los extremos el derecho de crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social, tal y como era la intención inicial del acusado".

Aquí radica mi discrepancia. En el hecho probado resulta con claridad que el acusado actuó defraudando, maquinando para no pagar sus obligaciones impuestas por el ordenamiento. Así lo expresa el hecho probado al referir que el acusado nunca tuvo intención de pagar y como quiera que la inmobiliaria que le contratábale exigía el pago de las deudas con la seguridad social, falsificaba los TC 1 y TC2, por los que ha sido condenado por delito de falsedad en documento oficial, y, además, actuaba en la construcción con distintas empresas, que se sucedían unas a otras, para hacer "inoperante en todos sus extremos el derecho de crédito de la Tesorería de la Seguridad Social tal y como era intención inicial del acusado".

Por lo tanto, en mi opinión ningún error debió ser declarado en la subsunción del hecho en el art. 307 del Código penal, pues el acusado eludió el pago de sus

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

obligaciones con la seguridad social a la que defraudó realizando una maquinación consistente en la creación artificiosa de distintas empresas con lo que trataba, y consiguió, hacer inoperantes los derechos de crédito de la Seguridad social. Esa maquinación urdida rellena la exigencia de defraudación que exige la tipicidad del art. 307 del Código penal .

Andres Martinez Arrieta

c.- Sentència delictes contra els drets dels treballadors

Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia de 20 May. 2011, rec. 28/2011

Ponente: Marín Fernández, María Lourdes.

Nº de Sentencia: 195/2011

Nº de Recurso: 28/2011

Jurisdicción: PENAL

Texto

En la ciudad de Jerez de la Frontera a veinte de mayo de dos mil once

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SECCIÓN 8ª CON SEDE EN JEREZ DE LA FRONTERA.

SENTENCIA Nº 195/11

ILMOS SRES.

PRESIDENTE:

Dña. LOURDES MARÍN FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:

D. IGNACIO RODRÍGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO

Dña. CARMEN GONZÁLEZ CASTRILLÓN

JUZGADO DE LO PENAL Nº1 DE JEREZ DE LA FRONTERA

APELACIÓN ROLLO NÚM. 28/2011-A

P.ABREVIADO NÚM. 446/2009

Visto por la AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SECCIÓN 8ª CON SEDE EN JEREZ DE LA FRONTERA de esta Audiencia integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en autos de Procedimiento Abreviado seguidos en el Juzgado de Lo Penal referenciado, cuyo

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

recurso fué interpuesto por la representación de Luis Pedro , Alejo y ENTIDAD MERCANTIL CAÑASCON S.L.U.. Es parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo Sr. Magistrado Juez de lo Penal del JUZGADO DE LO PENAL Nº1 DE JEREZ DE LA FRONTERA, dictó sentencia el día 24 de junio de 2.011 en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice:

"Que debo condenar y condeno a Alejo y a Luis Pedro , como autores responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el art. 316 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de seis meses, con una cuota diaria de dos euros, lo que hace un total de trescientos sesenta euros, que deberá ser satisfecha en el plazo de seis meses y sustituible en caso de impago por un día de privación de libertad, por cada dos cuotas diarias no satisfechas; y como autores de un delito de lesiones por imprudencia grave, previsto y penado en el art. 152.1.2º en relación con el art. 149, todos del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, con igual accesoria que en el delito anterior, así como a que indemnicen solidariamente a Dionisio en la cantidad de diecisiete mil doscientos ochenta euros con treinta y dos céntimos (17.280,32 euros), por las lesiones y secuelas, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad "Cañascon, S.L.U.", imponiéndoles igualmente el abono de las costas procesales "

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, por la representación de Luis Pedro , Alejo y ENTIDAD MERCANTIL CAÑASCON S.L.U. y admitido el recurso y conferidos los preceptivos traslados, se elevaron los autos a esta Audiencia. Formado el rollo, se señaló el día de la fecha para la votación y fallo, quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Ha sido Ponente la Ilma, Sra. Magistrado Dña. LOURDES MARÍN FERNÁNDEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

Se acepta la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada, que en aras de economía procesal, se dan por reproducidos como parte integrante de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que se interpone recurso de apelación al entender que existe error en la apreciación de las pruebas.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

El Ministerio Fiscal y la parte apelada se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Que respecto al error en la apreciación de la prueba con vulneración del principio de presunción de inocencia. Se ha de señalar que para la resolución del recurso y como premisa inicial, debemos partir del hecho de que el juzgador "a quo" basa su convicción en la facultad que le otorga el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al apreciar en conciencia las pruebas que se le ofrecen y practica con contradicción, inmediación, publicidad y concentración.

La presunción de inocencia o verdad interina de inculpabilidad, dispensa al acusado de tener que probar su inocencia, siendo la acusación a quien compete acreditar lo que imputa mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente regularse como pruebas de cargo. De dicha presunción de inocencia deriva el principio in dubio pro reo, que se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de la prueba. El Tribunal de apelación, en cuanto a la presunción de inocencia, debe analizar si las pruebas se han practicado conforme a las garantías procesales básicas, tema que en el presente caso no se discute, así como si dichas pruebas aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo. A ello debemos añadir que en vía de recurso de apelación por su naturaleza de medio ordinario de impugnación y el llamado efectos devolutivos, el Tribunal "ad quem" asumen la plena jurisdicción sobre el caso de idéntica situación que el Juez "a quo" no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido se ha explicado varias veces por el T. Constitucional (ss. 124/83 , 54/85 145/87 , 194/90 , 21/93 y 102/94) que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum indicium.

En consecuencia en este recurso cabe la posibilidad de un nuevo análisis crítico de la prueba practicada y la comprobación de si en la causa existe prueba de signo incriminatorio o de cargo pueda razonablemente ser calificado como suficiente para enervar la presunción de inocencia, bien según doctrina reiterada del T. Constitucional; a partir de la conocida sentencia de 8-7-81 , este principio solo alcanza a garantizar la interdicción en cuanto al dictado de resoluciones condenatorias en el ámbito penal cuando aquellas carezcan de todo sustento probatorio o que, aun teniéndolo, la prueba hubiera sido obtenida con violación o infracción de derechos fundamentales, no así cuando conste que ha llegado al proceso o causa, en mayor o menor medida, dicho aporte probatorio material, lo que hará, desde tal instante, que adolezca de virtualidad la invocación -alusiva tantas veces relativa a la violación por inaplicación del principio, llevado a cargo de derecho fundamental, de presunción de inocencia, pues en tales supuestos lo que realmente se debate no es otra cosa que la divergente valoración que la parte realiza sobre el contenido o resultado de la prueba practicada en cuanto se imputa al juzgador una valoración errónea sobre su contenido, lo que ninguna relación guarda con el principio de referencia; es decir que no cabe confundir presunción de inocencia con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador (ver s. T. Constitucional 36/83 .

En suma el Tribunal en segunda instancia no puede sustituir la percepción del Juez de lo Penal sobre la prueba, al gozar el mismo de la innegable ventaja de la

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

inmediación, pero sí puede analizar la argumentación de la sentencia apelada por si en la misma se apreciara un razonamiento absurdo, arbitrario, no fundamentado o ilógico. Aún así lo que radicalmente impide el Tribunal Constitucional, es que el Tribunal de apelación modificando el relato de hechos probados sin haber practicado prueba alguna en la segunda instancia, dicte una nueva sentencia estavez condenatoria. Al Tribunal ad quem le está vetada tal posibilidad y en tal sentido se expresan de manera clara Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2007 , 15 de enero de 2007 , de 3 de julio de 2006 , que remite a otras de 5 de abril de 2006 y 27 de octubre de 2003 , del mismo Alto Tribunal.

Que la parte apelante pretende sustituir el criterio objetivo e imparcial del juez a quo por el suyo propio, sin tener en cuenta que el juez a quo al presidir el juicio oral esta en mayor disposición para determinar que testimonios le han resultado más creíbles y tratándose de pruebas personales, la sala no puede sino confirmar el criterio de valoración de los testimonios, salvo que haya llegado a ellos de forma ilógica, absurda o arbitraria, lo que no ha tenido lugar, sino que por el contrario el juez razona los motivos que le llevan a dar más credibilidad a unos testimonios que a otros. La parte apelante alega que el Inspector de Trabajo no ha actuado con imparcialidad, pues además de no haber visto in situ el lugar del accidente sino que el contacto ha sido por vía telefónica, solo ha tenido en cuenta las declaraciones de la víctima y sus hermanos que no vieron el accidente, mientras que la empresa y sus trabajadores siempre han negado los hechos, el encargado y acusado señala que el lesionado era trabajador del cortijo no de la obra y que incluso le llamó la atención alguna vez para que se alejara de las obras; que en la ambulancia señaló que como no estaba dado de alta en el cortijo iba a decir que se había caído en la obra, de hecho el mismo día del accidente tuvo una reunión con Chacon para que se hiciera cargo del accidente y como se negaron resolvió el contrato de obra. Así mismo pone en evidencia contradicciones del trabajador, pues por una parte señala que estaba en un muro y por otra que en un tejado, dice que se subió al muro por una escalera cuando realmente lo hizo por el andamiaje, y en el consultorio dijo que se había caído del tejado de su casa. También concurren contradicciones de sus hermanos, si bien Alfonso señala que su hermano trabajaba para el cortijo no para la obra; en suma se entiende que la caída se produce por la conducta negligente del lesionado.

Se considera que existe infracción de precepto constitucional en cuanto se entiende que no tener plan de prevención constituye una falta administrativa no penal e infracción de ley y doctrina legal en cuanto se condena por delitos distintos de los establecidos en la calificación del MF y también penas distintas. El MF se adhiere al último motivo del recurso por infracción del principio acusatorio.

La sentencia en primer lugar parte de la existencia de infracción laboral de conformidad con el informe del inspector de trabajo, así como también se desprende de la declaración de los testigos trabajadores de la empresa. Se estudia de forma pormenorizada los requisitos del tipo penal de delito contra la seguridad de los trabajadores, señala que el encargado de la obra, el acusado Alejo , fue quien contrata al lesionado y era el responsable de los medios de protección de riesgos y que el otro acusado Luis Pedro como gerente de la empresa tenía una situación de garante al tratarse de una pequeña empresa que realiza trabajos con riesgos no hace cursos de prevención ni acude a asesores externos, por lo que no se somete al cumplimiento de las obligaciones esenciales; el objeto de la obra era

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

arreglar el tejado y realizar divisiones con tabique para lo que era necesario, no solo un andamio o plataforma elevadora, sino medios de protección individual y colectivo, en suma consta acreditado la omisión de medidas individuales y colectivas para evitar el resultado dañoso y por tanto y en atención a las lesiones que se han producido, los hechos constituyen un delito contra la seguridad de los trabajadores y otro de imprudencia por las referidas lesiones.

El referido tipo penal es de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente.

El elemento normativo del tipo se refiere a "la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales", lo que permite calificar el delito como tipo penal en blanco de suerte que es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo, bien entendido que no bastara cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque esta exige, en adecuado nexo de causalidad, que la norma de seguridad infringida debe poner en peligro grave su vida, salud o integridad física la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo. En definitiva, no basta para integrar el tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad, pues ello extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de intervención mínima y de seguridad jurídica, por ello, la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro

Por otro lado, el sujeto activo esta formado por los legalmente obligados, que ocupan una posición semejante a la de garante, debiendo recordar a estos efectos que el art. 14. 2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8-11-95 impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, concepto de empresario que ha de extenderse a los administradores y encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. Es decir, nada obsta a que pueda existir responsabilidad penal exclusiva de persona distinta al empresario cuando éste ha cumplido sus obligaciones, ya que de lo que se trata en realidad, es de determinar material y no solo formalmente quién realmente tiene la competencia y puede ejercerla en relación a la seguridad e higiene, ya que la responsabilidad penal, debe, necesariamente, referirse a una actuación dolosa o imprudente.

Finalmente sujeto pasivo del delito lo es el trabajador, o más concretamente, el conjunto de los trabajadores como sujeto colectivo. Incluso, puede hablarse como sujeto pasivo respecto de aquellos trabajadores unidos por subcontratos o contratos de puesta a disposición de otras empresas por las oficinas de trabajo temporal.

Pues bien, observadas las prescripciones teóricas anteriores, nos encontramos con que de las pruebas practicadas queda acreditada la omisión penalmente relevante

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

en cuanto al suministro de medidas de seguridad. Y ello también se tuvo en cuenta por una parte en el Informe de la Inspección Provincial de Trabajo de 18 de octubre de 2005, así mismo destaca que ha sido tachado el inspector por la parte apelante de parcial y ello en cuanto que no vio el lugar de los hechos, ello no basta para calificar así un informe realizado por un técnico que ningún interés tiene en el accidente y que tras diligencias que en el ejercicio de su función lleva a cabo llegara determinadas conclusiones, que además no fueron objeto de impugnación por la empresa, destacando que se persono en la obra el día 11 de septiembre de 2005 y que junto a otras pruebas determino que en sentencia del Juzgado de lo Social, se considerara la existencia de relación laboral y si bien ello no es vinculante son indicios objetivos que deben ser tenidos en cuenta, lo que además se corrobora de las pruebas practicadas en este juicio, pues si bien resultan contradicciones entre las partes, al juez a quo le resulta creíble las versiones de los trabajadores que señalan que trabajaba para la obra.

TERCERO.- En lo que se refiere al delito de imprudencia, partiendo de la base de que existe una corriente jurisprudencial reiterada que considera que en las infracciones imprudentes omisivas surge una "responsabilidad en cascada" por virtud de la cual conjuntamente, sin exclusiones incompatibles, distintos encargados y/o representantes de la entidad empleadora, que integran lo que se denomina una cadena de mando, con mayor o menor competencia profesional, se entiende que coadyuvan al resultado (Cfr. STS. 18.1.95 , 7.11.91 , 26.10.93, 15.5.89 , 30.31.90 , 3.31.82); sin embargo, se ha de recalcar que con carácter general la imprudencia exige la concurrencia de un "elemento psicológico" que afecta al poder y facultad humana de previsión y se traduce en la posibilidad de conocer y de evitar el evento dañoso, y un elemento "normativo" representado por la infracción del deber de cuidado (STS. 5.3.74 , 4.2.75); por lo que esos elementos de la culpa penal se han de individualizar en cada una de las personas en que se quiere hacer recaer tal responsabilidad, ya que en ningún caso la imprudencia punitiva puede suponer una "responsabilidad objetiva consagración de la causa", porque el elemento subjetivo de la previsibilidad y de la adopción del cuidado exigible es siempre constitutivo de esa reprochabilidad penal; y lo que, en definitiva, supone que hayan de ser valoradas las conductas de cada uno de esos intervinientes en relación a la actividad desarrollada, y a la vista de la prueba practicada, averiguar si su conducta reúne esos elementos constitutivos de la imprudencia penal.

Es sabido que la culpa es la voluntaria omisión del deber de cuidado que debe ser observado por toda persona medianamente prudente y diligente, en el desenvolvimiento y desarrollo de una actividad social estimada como potencialmente peligrosa y de la que puede derivarse causalmente una lesión o daño, que resulte objetivamente previsible para cualquier persona normal, y concretamente para el omitente que, a pesar de ello, no observó o desatendió consciente o inconscientemente las prescripciones reglamentarias o bien de orden habitual, que rigen tales actividades, apartándose de ellas, omitiendo en consecuencia, la acción imprudente o ejecutándola, como era exigible, con las previsiones debidas. Los factores fundamentales que integran la culpa o imprudencia son, de una parte, el elemento normativo, el cual en las relaciones intersubjetivas que emanan de la convivencia social, comporta que en cualquier actividad que en el seno de aquella se realice, con la finalidad de eludir todo tipo de riesgo para los demás, es imperativo observar las precauciones, cautelas o

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

prevenciones que de modo específico, haya prescrito al efecto el legislador o bien aquellas otras, de índole genérica que se derivan de la vida en comunidad y ello es cierto que se podía haber evitado mediante la colocación de las medidas de y su falta de observancia (culpa in vigilando) por parte de quienes tenían la obligación de hacerlo, puede entenderse como causa del accidente.

Por lo que procede confirmar lo resuelto en la sentencia sobre el delito de imprudencia.

CUARTO.- Que se alega la infracción del principio acusatorio, pues el MF acusa por el delito del art 152 en relación con el 147 del CP y la sentencia condena por el mismo artículo 152 pero en relación con el 149 así mismo por este delito el MF solicitaba cuatro meses de prisión y la sentencia condena a un año de prisión. Que efectivamente no se entiende porque la sentencia condena por un tipo delictivo distinto al solicitado por el MF cuando en absoluto razona ni justifica ello. Que por otro lado efectivamente incumple el principio acusatorio no siendo posible condenar a mayor pena que la solicitada por el MF lo que nos induce a pensar que se ha tratado de un error que en todo caso debe subsanarse y estar a lo solicitado por el MF, procediendo en este motivo a estimar el recurso.

QUINTO.- Que al estimarse parcialmente el recurso no procede la condena en costas **VISTOS** los artículos citados y demás de pertinente aplicación, en nombre de S. M. El Rey y con la autoridad conferida por el pueblo español, y por cuanto antecede,

.- F A L L A M O S -.

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por contra la sentencia dictada en fecha por el juzgado de lo penal nº 1 REVOCAMOS PARCIALMENTE la misma en cuanto se ha de considerar a Alejo y Luis Pedro como autores de un delito del art 152 del C.P en relación con el 147 e imponerles la pena de cuatro meses de prisión, manteniendo el resto de los pronunciamientos y sin costas en esta alzada

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION-. Leída y publicada fue la anterior sentencia por los Sres. Magistrados que la suscriben, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.

d.- Sentència delictiva contra els drets dels estrangers

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 18 Nov. 2010, rec. 461/2010

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

Ponente: Saavedra Ruiz, Juan.

Nº de Auto: 2231/2010

Nº de Recurso: 461/2010

Jurisdicció: PENAL

Texto

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil diez

AUTO

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1ª), en autos nº Rollo de Sala 10/2009, dimanante de Causa 88/2007 del Juzgado de Instrucción nº 4, se dictó Sentencia de fecha 16 de Noviembre de 2009, en la que se condenó "a Carlos Manuel, Jesús Carlos y Pedro Miguel, como responsables en concepto de autores de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, de inmigración clandestina, *sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y los absolvemos del delito de falsedad en documento público que se les imputaba.*

Absolvemos a Aquilino de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y de falsedad en documento público, que le eran atribuidos.

Absolvemos a Candido de los delitos de falsedad y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, inicialmente imputados al mismo.

Condenamos a Carlos Manuel y Jesús Carlos a indemnizar a Elias, conjunta y solidariamente, en la suma de 700 €, más el interés devengado en el art. 576 LECivil .

Imponemos a cada uno de los penados el pago de una décima parte de las costas causadas, con exclusión de las generadas a la Acusación Particular, declarando de oficio las restantes".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de casación por Jesús Carlos, mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora de los Tribunales Dª Mónica Ana Liceras Vallina. El recurrente menciona como motivos susceptibles de casación los siguientes: 1) al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia 2) al amparo del art. 849.2 de la LECrim por error en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- En el trámite correspondiente a la sustanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

CUARTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno, de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se formaliza por la representación procesal del recurrente el primer motivo de recurso al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

A) Alega el recurrente que se ha infringido el art. 24.1 de la CE así como el 318 bis CP ; se argumenta que la comisión del delito de inmigración clandestina exige el conocimiento por parte del sujeto activo de que el extranjero carece de autorización para entrar o residir en España, que la oferta de trabajo no es una documentación que permita entrar a ciudadanos extranjeros en España, que no se ha acreditado que la entrada de los trabajadores fuese de forma ilegal y que no se ha desvirtuado la presunción de inocencia.

B) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe desestimarse cuando se constate la existencia en el proceso de la prueba de cargo, susceptible de proporcionar la base probatoria necesaria para un pronunciamiento de condena (STS 24-11-08). El control que cabe hacer en el ámbito de recurso de casación se limita a los aspectos no comprometidos con la inmediatez, si bien se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Reiteramos la asunción para la casación de la función de controlar "...que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba..." (STS 13-7-07).

C) El recurrente afirma que en la sentencia se acredita su participación en un acto pero no "la conciencia de tal condición y la voluntad de ejecutar la acción prohibida", no basta, añade, con acreditar la participación en uno de los actos de la conducta típica del art. 318 bis, es necesario acreditar el conocimiento del sujeto activo.

La conducta del recurrente que ha sido objeto de condena se describe en el hecho probado de la sentencia recurrida que narra cómo el coacusado Carlos Manuel durante los años 2005 y 2006 colaboró con otras personas para conseguir la entrada en España de ciudadanos extranjeros simulando su colocación en empresas españolas; con tal fin y junto al ahora recurrente fingieron una oferta de trabajo en que figuraba el recurrente como empleador, que fue presentada en la Subdelegación del Gobierno el 23-11-05 dando lugar a la incoación de un expediente obteniendo así el 4-1-06 una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena para Elias, quien nunca llegó a trabajar para el empresario recurrente pero estuvo dado de alta en la SS como trabajador por cuenta ajena para aquél con categoría de encofrador desde mayo hasta julio de 2006 y por realizar esta oferta de trabajo el recurrente recibió 700 euros. Del mismo modo y al propio tiempo Martin obtuvo a través del coacusado Carlos Manuel una oferta de trabajo simulada del ahora recurrente presentada en la Subdelegación y originando un expediente, logrando así una autorización de

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

residencia temporal y trabajo por cuenta ajena el 4-1-06 que permitió a Martin viajar a España, éste nunca llegó a trabajar y permaneció de alta en la SS como trabajador por cuenta ajena para el recurrente con categoría de alicatador desde mayo hasta julio de 2006, parte de las cuotas de SS de ambos extranjeros se abonaron por Carlos Manuel.

Y estos hechos resultan acreditados como afirma el Tribunal sentenciador -y no viene a negar el recurso- en virtud de las manifestaciones de los acusados, la documental de autos -en los pasaportes consta que los extranjeros que entraron en España para prestar servicios como encofrador y alicatador son agricultores-, las intervenciones telefónicas practicadas en la causa - acreditativas de la percepción de cantidades por el recurrente y de la forma en que se abonaron las cuotas de la SS-; así razona el Tribunal sentenciador que el recurrente otorgó ofertas de empleo falaces que permitieron la entrada en España de Elias y Martin para prestar servicios como encofrador y alicatador, respectivamente, a pesar de que en sus pasaportes consta que son agricultores, ninguno de ellos llegó a trabajar por cuenta del recurrente, siendo las excusas que éste ofrece sobre tal inactividad calificadas de "fútiles" pues supondrían aceptar que asumió el coste de la llegada e incorporación a su empresa de ambos trabajadores sin certeza sobre si precisaba sus servicios, y no desmiente esta conclusión, añade la sentencia, la prueba documental justificativa de que el reo desarrolla actividad económica en la construcción, lo que siendo cierto no "purifica" - dice la sentencia- un paralelo favorecimiento de inmigración ilegal cuya verdadera causa es que percibía cantidades de los trabajadores, como se aprecia en virtud de las intervenciones telefónicas concretamente invocadas por el Tribunal sentenciador, sobre cuyo contenido -que la sentencia expone- fue interrogado el recurrente sin ofrecer una explicación satisfactoria y, además, subraya la sentencia, la pretendida exculpación partiría de un despropósito como es que las cuotas de la Seguridad Social no hay que soportarlas mayoritariamente el empresario. Junto a ello la sentencia afirma que las pruebas de descargo, también contempladas por el Tribunal, no poseen influencia exculpatoria -"escasa" dice la sentencia-; así en lo que concierne al recurrente su inscripción como empresario en el sistema de la Seguridad Social - "construcción de edificios" - en mayo de 2007 lo que demuestra es que con anterioridad no estaba inscrito, dato que en nada vemos -dice el Tribunal- que le beneficie ahora, pues hizo ofertas de trabajo en 2006 como tal empresario, y su actividad en ese interregno es patente, siendo por tanto relativo el interés de la documentación que avala su actividad profesional. Ninguno de los acusados dio explicación creíble sobre la inactividad laboral de los extranjeros ni la colaboración económica de Carlos Manuel en el pago de las cotizaciones, y de todo lo actuado se evidencia que las ofertas de trabajo facilitadas por el recurrente eran ficticias y tenían por objeto conseguir que los ciudadanos magrebíes entraran en España mediante documentación materialmente -que no formalmente- falsa al no responder a la realidad de las cosas y propiciar una mecánica fraudulenta.

Es claro que las pruebas acreditan suficientemente conforme a una racional apreciación de lo actuado que los recurrentes participaron en los hechos en la forma que describe el hecho probado. Todos los extremos acreditados llevan a concluir que la actuación del recurrente se dirigía a conseguir un beneficio ilegítimo al conceder ofertas de empleo para desempeñar profesiones que no eran las de los supuestos empleados, quienes no trabajaron nunca para él, percibiendo en cambio el mismo 700 euros y mostrando el gráfico contenido de las conversaciones

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

telefónicas con el coacusado su intención de lucro. El tipo penal cuestionado no exige ningún dolo específico, ningún ánimo especial, como elemento subjetivo del injusto, sino simplemente el dolo genérico inherente al que realiza consciente y libremente la conducta descrita en la correspondiente figura penal, que, en este caso, consistía en el favorecimiento de la inmigración clandestina de personas que pretendían entrar ilegalmente en territorio español.

Así las cosas, el Tribunal de instancia ha contado con pruebas, directas y legítimamente obtenidas, que acreditan todo ello, lo que contrarresta el derecho de presunción de inocencia invocado, y la convicción alcanzada por el mismo Tribunal en modo alguno puede considerarse arbitraria o contraria a las reglas de la lógica y la experiencia.

Lo que determina la inadmisión del motivo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 885.1 de la LECrim.

SEGUNDO.- Se formula el siguiente motivo al amparo del art. 849.2 de la LECrim por error en la apreciación de la prueba.

A) Alega el recurrente que de los documentos que invoca se desprende que huboun retraso de concesión de una licencia de obra, hecho ajeno a la voluntad del recurrente, retraso que frustró las expectativas de los trabajadores y el empresario.

B) El motivo enunciado se ciñe a la existencia de un documento literosuficiente que contradiga un elemento de hecho incorporado al *factum*, sin ser contradicho por otros elementos probatorios, determinando la adición, modificación o supresión de aquel. El documento debe serlo en sentido estricto y desde luego las declaraciones de acusados o testigos, por muy documentadas que estén, carecen de la aptitud demostrativa directa propia del documento casacional (STS 19-4-2005). La única forma posible de acreditar este tipo de errores es mediante algún documento que los ponga de manifiesto por sí mismo, sin necesidad de ningún otro medio probatorio complementario, ni de especiales razonamientos (lo que la jurisprudencia denomina literosuficiencia), y sin que, en último término, existan medios de prueba contradictorios; debiendo precisar la parte recurrente las declaraciones del mismo que se opongan a las de la resolución recurrida (STS 24- 12-03).

C) No es esto lo que lleva a cabo el recurrente; invoca documentos aportados en el juicio oral que califica de relativos al retraso en la concesión de licencia de la obra para la que necesitaba a los trabajadores -en especial, dice, dos presupuestos de entre marzo y mayo de 2006 y una factura de julio de 2006-, proyecto técnico visado del arquitecto sobre la obra de la factura y escrito del Ayuntamiento sobre la licencia de obras solicitando nuevos documentos; no desvirtuados, se añade, por los dos expedientes administrativos de autorización de residencia temporal y trabajo.

Dice el motivo que recoger en el relato histórico el dato objetivo que se desprende de los documentos de que efectivamente hubo un retraso en la concesión de la licencia tiene trascendencia puesto que son hechos ajenos a la voluntad del recurrente y este retraso en la concesión de la licencia frustró las expectativas de los trabajadores y el empresario.

Pero tales documentos en nada muestran error en el hecho probado, nada acreditan por sí mismos que se oponga al relato de lo sucedido conforme al resultado de las pruebas reseñadas en el razonamiento anterior, porque el invocado retraso en la concesión de una licencia no desvirtúa la racional inferencia de que las ofertas de empleo eran falaces en atención al análisis que la sentencia contiene de todas las pruebas documentales, incluidas las que avalan la actividad profesional, y el contenido de otras tan relevantes como las conversaciones telefónicas, pues el recurrente -sin perjuicio del extremo atinente al retraso en la concesión de la licencia- otorgó las ofertas de empleo para permitir la entrada de los dos ciudadanos marroquíes en España para trabajar, respectivamente, como encofrador y alicatador pese a no ser esas sus profesiones, ninguno de los cuales llegó a trabajar en la empresa del acusado, y percibiendo el recurrente 700 euros aun cuando no efectuó contraprestación alguna.

En consecuencia, procede la inadmisión del motivo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 885.1 de la LEcrim.

En su consecuencia, procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.

TÍTULO XIV.
DE LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA
SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 305.

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a. La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.
- b. La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

3. Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Comunidad Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de 50.000 euros.

4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.

5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada Ley.

Artículo 306.

El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Artículo 307.

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

- a. La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.
- b. La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.

3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, él mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Artículo 308.

1. El que obtenga subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones públicas de más de ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

Para la determinación de la cantidad defraudada se estará al año natural y deberá tratarse de subvenciones obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas Administraciones o entidades públicas.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los ciento veinte mil euros, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

4. Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Artículo 309.

El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Artículo 310.

Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

- a. Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- b. Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.
- c. No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- d. Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c y d anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.

Artículo 310 bis.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el [artículo 31 bis](#) una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

- a. Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.
- b. Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el [artículo 310](#).

Atendidas las reglas establecidas en el [artículo 66 bis](#), los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 1 del [artículo 33](#).

**TÍTULO XV.
DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS
TRABAJADORES.**

Artículo 311.

La Llei Orgànica 14/2022, de 22 de desembre, de transposició de directives europees i altres disposicions per a l'adaptació de la legislació penal a l'ordenament de la Unió Europea, que va entrar en vigor el dia 12 de gener de 2023, ha afegit el següent apartat 2 a l'article 311 del Codi Penal quedent de la següent manera:

Serán castigats amb les penes de presó de sis mesos a sis anys i multa de sis a dotze mesos:

1r Els que, mitjançant engany o abús de situació de necessitat, imposin als treballadors al seu servei condicions laborals o de Seguretat Social que perjudiquin, suprimeixin o restringeixin els drets que tinguin reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual.

2n Els que imposin condicions il·legals als seus treballadors mitjançant la seva contractació sota fórmules alienes al contracte de treball, o les mantinguin en contra de requeriment o sanció administrativa.

3r Els que donin ocupació simultàniament a una pluralitat de treballadors sense comunicar-ne l'alta en el règim de la Seguretat Social que correspongui o, si escau, sense haver obtingut la corresponent autorització de treball, sempre que el nombre de treballadors afectats sigui al menys de:

- a) el vint-i-cinc per cent, a les empreses o centres de treball que ocupin més de cent treballadors,

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

b) el cinquanta per cent, a les empreses o centres de treball que ocupin més de deu treballadors i no més de cent, o

c) la totalitat dels mateixos, a les empreses o centres de treball que ocupin més de cinc i no més de deu treballadors.

4t Els que en el supòsit de transmissió d'empreses, amb coneixement dels procediments descrits en els apartats anteriors, mantinguin les condicions esmentades imposades per un altre.

5è Si les conductes ressenyades als apartats anteriors es duen a terme amb violència o intimidació s'imposaran les penes superiors en grau.

Artículo 312.

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.

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.

Artículo 313.

El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

Artículo 314.

Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.

Artículo 315.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.
2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.
3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga.

Artículo 316.

Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Artículo 317.

Cuando el delito a que se refiere el [artículo anterior](#) se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

Artículo 318.

Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el [artículo 129 de este Código](#)

TÍTULO XV BIS. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.

Artículo 318 bis.

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

DELICTES CONTRA ELS TREBALLADORS..

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una

organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el [artículo 31 bis](#) una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el [artículo 66 bis](#), los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del [artículo 33](#).

5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.