



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA**

INMIGRACIÓN ILEGAL. ART. 318 BIS CP

OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES  
EXTRANJEROS. ART. 311 BIS

PRIMER SEMESTRE. 2018

INDICE

<b>I. NOTA PRELIMINAR.....</b>	<b>p.4.</b>
<b>II. INMIGRACIÓN ILEGAL.....</b>	<b>p.7.</b>
<b>A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA.....</b>	<b>p.7.</b>
<b>A. BIS. COMPETENCIA.....</b>	<b>p.8.</b>
<b>A. TER. TIPO BÁSICO</b>	

A.1. AYUDA A LA ENTRADA CLADESTINA DE  
INMIGRANTES POR MAR O TIERRA O AL TRANSITO

A.2. AYUDA A LA ENTRADA FRAUDULENTE DE  
INMIGRANTES O AL TRANSITO

A.2.1. COMO TURISTA CON EL PROPOSITO DE  
PERMANECER

A.2.2. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE  
PARENTESCO

*a. MATRIMONIO DE CONVENIENCIA*

*b. OTRO VINCULO FAMILIAR*

A.2.3.CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

A.3.AYUDA A LA PERMANENCIA

a. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE PARENTESCO

*a.1.MATRIMONIO DE CONVENIENCIA*

*a.2.SIMULACIÓN DE OTRO VINCULO FAMILIAR*

b. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

**B. SUBTIPOS AGRAVADOS.....p.9.**

B.1.PUESTA EN PELIGRO.....p.9.

a. En embarcación.....p.9.

b. En vehículo a motor...p.10.

B.2. ANIMO DE LUCRO

B.3.ORGANIZACIÓN

**C.SUBTIPO ATENUADO**

**D.PARTICIPACIÓN**

**D.BIS.CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES O ATENUANTES.....p.12**

**E. ÁNIMO SUBJETIVO**

**III.OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS**

**A. TIPO BASICO.....p.17.**

**B. TIPOS CUALIFICADOS**

**C.RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA....p.26.**

**IV. PRUEBA**

**INMIGRACIÓN ILEGAL...p.28.**

**A. DECLARACIÓN DEL ACUSADO .....p.28.**

**B. TESTIFICAL. ATESTADO Y PERICIAL MÉDICA.ART.318 BIS.....p.28.**

B.1.TESTIFICAL DEL INMIGRANTE...p.28.

B.2.TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL...p.25.

B.2.BIS.TESTIFICAL DE TERCEROS.....p.29.

B.3.PRUEBA PRECONSTITUIDA O ANTICIPADA...p.29.

- B.3.BIS.PERICIAL MEDICA
- B.3.ter.ATESTADO y RECONOCIMIENTO POLICIAL
- B.4.OTRAS CUESTIONES

## **C.RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO O EN RUEDA**

### **D.INTERPRETE**

### **E. VIDEOCONFERENCIA**

### **F. ESCUCHAS TELEFONICAS**

F.1.INDICIOS VALIDOS PARA AUTORIZAR ESCUCHAS

F.2.EFICACIA PROBATORIA

F.3.OTRAS CUESTIONES

### **G. ENTRADAS Y REGISTROS**

G.1. MOTIVACIÓN DE LA SOLICITUD POLICIAL O DEL AUTO JUDICIAL

G.2.EFICACIA PROBATORIA

G.3. OTRAS CUESTIONES

### **H. OTRASPRUEBAS**

## **OCUPACIÓN DE TRABAJADORES**

**A. CONDICIÓN DE EMPRESARIO O ADMINISTRADOR..p.35.**

**B. TESTIFICAL: CONDICIÓN DE TRABAJADORES.....p.37.**

**C.DOCUMENTAL Y OTRAS.....P.40.**

## **V.PENA APLICABLE**

**A. INMIGRACIÓN ILEGAL..... p.42.**

**B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS..p.42.**

## **VI.RESPONSABILIDAD CIVIL**

**A. INMIGRACIÓN ILEGAL**

**B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS**

## **VII.OTRAS CUESTIONES**

## **VIII.OTROS DELITOS RELACIONADOS**

**A. BLANQUEO**

**B. FALSEDAD**

## I.NOTA PRELIMINAR

La Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en su Apdo.10 establece que: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los Delegados de la especialidad por correo electrónico. En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la página [fiscal.es](http://fiscal.es) a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo y de algunas resoluciones de Tribunales Superiores y Audiencias Provinciales en materia de inmigración ilegal y ocupación ilegal de trabajadores extranjeros.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

### **Inmigración ilegal.318 bis**

El órgano competente para conocer es aquel en el que se expiden los certificados de empadronamiento falsos. ATS nº8497/2018, de 5 de julio.

Un viaje desde Marruecos hasta las islas Canarias es por definición peligroso. Irrelevancia de llevar GPs o varios motores. La embarcación está sobreocupada, los inmigrantes no tienen medida de seguridad, el desembarco se hace de noche y hay mala mar. ATS nº 603/2018, de 5 de abril.

El subtipo agravado de puesta en peligro es de riesgo concreto. Es irrelevante que entre el aire en el habitáculo del vehículo. Concorre el subtipo agravado porque el pasajero no tiene movilidad y sólo puede salir del habitáculo artificialmente. Importancia de la testifical de los guardias civiles que señalan que los inmigrantes tenían síntomas de asfixia, debilidad física y tuvieron que emplear una palanca para romper la plancha de madera. Es relevante la falta de oxígeno y el hacinamiento.STS nº 11/2018, de 15 de enero.

La minoría de edad del inmigrante no constituye un subtipo agravado, pero nada impide que incremente la pena. ATS nº 603/2018, de 5 de abril.

La confesión extemporánea opera como prueba analógica de confesión, pero debe ser en todo caso veraz, completa y no interesada. Debe mirarse con precaución porque es posible que la autoconfesión sea un rol de los escalones inferiores de la organización para exculpar a los que están en la cúspide. La confesión no es útil ni eficaz ya que se produce una vez que el delito se está desplegando y la prueba la aporta la inspección ocular del vehículo sin que haya llevado a la inculpación de otros partícipes. STS nº 11/2018, de 15 de enero.

### **Ocupación ilegal masiva de trabajadores extranjeros. Art.311 CP**

Acreditación de la condición de empresario al constar en la fundamentación jurídica que contrató a los trabajadores verbalmente mediante un intermediario. Especificidad de la normativa agraria que permite dar de alta el mismo día del trabajo hasta las 12:00 si concurre causa justificada. No es este el caso porque fueron dados de alta con posterioridad. El art.311 puede aplicarse también en el ámbito agrícola. La empresa o centro de trabajo no requiere que haya edificación. ATS nº 1393/2017, de 8 de noviembre.

La declaración de la inspectora prevalece sobre la de los testigos que señalan que no estaban trabajando. ATS nº 1393/2017, de 8 de noviembre.

Suficiencia probatoria de la declaración de la inspectora de trabajo de cuya objetividad no se puede dudar. STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), secc.1ª, nº 6/2018, de 6 de marzo.

Importancia de la testifical de la inspectora de trabajo que señala que vió a los testigos trabajando, aunque estos lo nieguen. Informe del superior de la inspectora que afirma que, aunque en las actividades agrarias las altas pueden producirse hasta las 12:00, el primer trabajador no lo fue hasta las 13: 27.ATS nº 1393/2017, de 8 de noviembre.

No se aprecia reparación del daño ya que no consta cuanto ni cuando se pagó a los trabajadores ni si fue voluntario. El alta en la Seguridad Social se produjo de oficio. STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), secc.1ª, nº 6/2018, de 6 de marzo.

Se alega confusión de empresas para pedir la absolución del acusado. Se rechaza dado que las empresas están muy vinculadas entre sí. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio. El acusado niega ser el empresario pero no cuestionó nunca en instrucción que fueran trabajadores suyos. SAP de Burgos, secc.1ª, nº 13/2018, de 4 de mayo.

A efectos de aplicar el art.318 CP si es administrador único se invierte la carga de la prueba y es la defensa la que tiene que probar que el administrador no es responsable de las contrataciones de los trabajadores. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio.

La pena se aplicará atendiendo al porcentaje de trabajadores no dados de alta en Seguridad Social, valorando el mínimo que exige la ley. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio. Reduce la pena la falta de antecedentes, de sanciones anteriores o el regularizar a las víctimas con rapidez. SAP de Burgos, secc.1ª, nº 13/2018, de 4 de mayo.

Para determinar el importe de la multa aplicable es válido el criterio de rentabilidad de la empresa atendiendo la entidad del local, su ubicación en Madrid y la declaración del IRPF del condenado. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio.

Prevalencia de la prueba testifical de policías e inspectores de trabajo coincidentes frente a las declaraciones contradictorias de las mujeres que dicen que son clientes. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio

La aplicación del art.129 CP no exige la previa responsabilidad de la persona jurídica y su citación a juicio. El art.129 CP se aplica porque dicha responsabilidad de la persona jurídica no es aplicable al delito contra el derecho de los trabajadores. STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio.

## II. INMIGRACIÓN ILEGAL

### A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA

Tribunal Supremo

#### 1. STS nº 11/2018, de 15 de enero

**Dimensión pluriofensiva del delito de inmigración ilegal que proyecta sus efectos, de modo especial, sobre aquellos que abandonando sus comunidades de origen buscan mejores condiciones. Las organizaciones mutan sus formas de actuar y la ley debe adaptarse. Las reformas legales en la materia no han resuelto importantes dudas. La LO 1/2015 ha solucionado algunos problemas, pero su casuismo ha generado otros. No obstante, en lo que se refiere al tipo agravado de puesta en peligro para la vida no ha cambiado de manera trascendente más allá de otra ubicación sistemática.**

Sin embargo, no podemos acoger esa argumentación. Es cierto que el tráfico ilegal de personas encierra una dimensión pluriofensiva que proyecta sus efectos, de modo especial, sobre aquellos que, mediante el abandono de sus comunidades de origen, buscan la mejora de sus condiciones personales y laborales. La necesidad de un adecuado tratamiento jurídico-penal de la ofensa a algunos de los bienes jurídicos implicados está fuera de dudas. También lo es que la inmigración clandestina muta una y otra vez su fenomenología criminal en aras de la impunidad, lo que exige una diligente actuación de los poderes públicos para proporcionar los instrumentos normativos necesarios con los que hacer frente a aquellos delitos. Sin embargo, la producción legislativa de los últimos años en esta materia ha generado visibles problemas técnico-jurídicos de no fácil solución. La Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, la posterior Ley Orgánica 15/2003, 25 de noviembre y, más recientemente, la Ley Orgánica 13/2007, 19 de noviembre, no llegaron a resolver las importantes dudas concursales que suscitaba la aplicación de los preceptos modificados. Tampoco pusieron freno a algunos excesos que situaban la estricta determinación de la pena en una frontera muy próxima a los límites del principio de proporcionalidad. Ello obligó a esta Sala a un importante esfuerzo de complementación en el ejercicio de la tarea jurisdiccional que impone el art. 1.6 del Código Civil. Algunos de estos problemas han sido resueltos a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo. Sin embargo, su censurable casuismo ha generado otras

incógnitas que dificultan sobremanera la aproximación exegética a su renovado contenido.

Sea como fuere, la modificación que apunta la defensa no es trascendente a los efectos que nos afectan. Hemos llegado a relativizar el alcance de la reforma en este aspecto: «... *entre una y otra redacción la agravación pasó al art. 318 bis. 2 aunque sin variar sustancialmente, en lo que aquí interesa, su materialidad. Han sido fundamentalmente cambios de ubicación dentro del mismo precepto y sin variaciones de concepto*» (STS 295/2016, 8 de abril).

## **A.BIS. COMPETENCIA**

Tribunal Supremo

### **1.ATS nº8497/2018, de 5 de julio**

**El órgano competente para conocer del asunto es aquel en el que se expiden los certificados de empadronamiento con los que se obtienen los permisos de residencia.**

**PRIMERO.** - El Juzgado de Alcoy incoó procedimiento penal, por delitos de falsificación de documento oficial, favorecimiento de la inmigración y cohecho, supuestamente derivados de la emisión de certificados de empadronamiento en los que se alteraba la fecha de inicio de residencia en España de los solicitantes. El atestado era ampliatorio de unas investigaciones llevadas a cabo en Miranda de Ebro. A raíz de esta ampliación fueron detenidos en la provincia de Alicante diversos súbditos marroquíes con certificados de empadronamiento obtenidos en el Ayuntamiento de Miranda de Ebro. El atestado inicial dió lugar a la incoación en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Miranda de Ebro de las Diligencias Previas 658/2017. El Juzgado de Alcoy por auto de 4/12/17 se inhibió al Juzgado de Miranda de Ebro para unión a las que se habían incoado por los mismos hechos. Miranda por auto de 22/01/18 rechazó la inhibición pues hasta el momento, dice, no se ha podido obtener ningún resultado de la investigación. Alcoy promueve esta cuestión de competencia negativa.

**SEGUNDO.** - La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor del Juzgado de Miranda. Es ese el lugar donde se ha llevado a cabo la falsificación de los certificados de empadronamiento con los que se obtienen

los permisos de residencia. En verdad también los hechos pueden atraer la tipicidad prevista en el art. 318 bis; pero el lugar de comisión de tal infracción sería plural (también Miranda del Ebro donde se expiden presuntamente los certificados con esos fines). En este momento, a la vista de lo actuado y la involucración en las falsedades de los investigados contra los que se abrieron las diligencias en el Juzgado de Alcoy, pese a la nueva redacción del *art. 17 Alecrín* que se invoca, no parece razonablemente escindible la investigación de unos y otros hechos. El atestado ampliatorio debe seguir igual suerte que el principal. Es en Miranda donde se expiden los certificados de empadronamiento alterando las fechas de residencia.

## B. SUBTIPOS AGRAVADOS

### B.1.PUESTA EN PELIGRO

a. En embarcación

Tribunal Supremo

#### 1.ATS nº 603/2018, de 5 de abril

**Correcta aplicación del subtipo agravado. El viaje en patera desde Marruecos hasta las islas Canarias es peligroso por definición al realizarse en mar abierto y en una embarcación endeble. El hecho de llevar un GPS y dos motores no desvirtúa la peligrosidad. El desembarco se llevó a cabo de madrugada. La patera estaba sobrecupada y los inmigrantes no tenían medidas de seguridad. Un testigo dijo que hacía mala mar.**

C) El Tribunal Superior de Justicia estimó correctamente aplicado el subtipo de puesta en peligro de la vida de los inmigrantes. Ciñéndose a la declaración de hechos probados, indicaba que la llegada a las costas canarias se llevó a cabo en la madrugada del día 7 de octubre de 2016 en una embarcación de tipo patera, que había zarpado tres días antes de Marruecos; que, en su interior, viajaban al menos 21 personas, de los que se identificaron 11 y de los que nueve eran menores de edad; y que a los ocupantes se les suministró agua y comida, pero no chalecos salvavidas.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia consideraba correctamente aplicado el subtipo agravado, pues era evidente que el viaje en ese tipo de embarcación desde Marruecos hasta las Islas Canarias era

peligroso por definición, por realizarse a mar abierto en el Océano Atlántico en una embarcación destinada a la pesca de bajura, pero no apta para la navegación en alta mar y sin que el hecho de que dispusiese dos motores y un GPS desvirtuasen esta peligrosidad.

La apreciación hecha por el órgano de apelación es correcta. En definitiva, se ponían de manifiesto tres componentes, que claramente denotaban una situación de grave riesgo para los ocupantes de la patera. Estas embarcaciones son, por su propia esencia, endebles. El desembarco se lleva a cabo en la madrugada, en condiciones inapropiadas de luz, y en un día del mes de octubre y después de tres días de navegación, con el riesgo palpable de insolaciones o hipotermias. En segundo lugar, la nave se encuentra con un número de ocupantes manifiestamente superior a los que por razones de seguridad podría llevar en su interior y, por último, sus ocupantes carecían de los elementos de seguridad, lo que implicaba que cualquier accidente o caída al mar se transformase en una situación de extremo riesgo. A ellos, se puede añadir que el testigo (así constaba en el Fundamento de Derecho Segundo) manifestó que había mala mar aquella noche.

b. En vehículo a motor

Tribunal Supremo

### **1.STS nº 11/2018, de 15 de enero**

**Es irrelevante que hubiera entrada de aire en el vehículo. La agravación se basa en el traslado en un espacio de reducidas dimensiones que no permite la movilidad y que sólo pueden salir del habitáculo artificialmente. Todo apunta a que el tipo agravado de riesgo para la vida, salud o integridad física es de peligro concreto. En este caso concurre al describirse una verdadera situación de riesgo, incluso vital para los inmigrantes que viajaban hacinados. La falta de oxígeno, movilidad, el número de personas escondidas y su disposición en el vehículo generó un peligro sobre sus vidas.**

La defensa pone el acento en la descripción del informe de los agentes, en el que se señalan como condiciones del habitáculo que éste dispone de huecos con salida a la cabina del conductor y a la zona de carga y que cuenta, además, con una entrada de aire proveniente de la cabina del conductor y la zona de carga. Sin embargo, esta línea argumental exoneratoria -que silencia otros fragmentos del informe, como el relativo a las altas temperaturas

detectadas en el habitáculo en el que se hacinaban los ciudadanos extranjeros- no puede ser acogida por la Sala. Y es que los Jueces de instancia no niegan la existencia de una entrada de aire. El peligro se derivaría del traslado en un espacio de reducidas dimensiones, con la consiguiente pérdida de movilidad, al no poder salir del habitáculo artificialmente creado para amontonar a los inmigrantes. Ninguna duda deja al respecto la afirmación incluida en el FJ 3º de la sentencia recurrida: «... *aunque tenían alguna ventilación, ésta era muy escasa dado lo reducido del espacio y el número de personas respirando en su interior*». No hay, por tanto, contradicción entre lo proclamado como hecho probado y la descripción objetiva incorporada a un informe que -no se olvide- fue luego explicado en sus detalles por los agentes que lo elaboraron.

No corresponde a esta Sala una nueva valoración de lo declarado por los testigos, ni de la credibilidad del testimonio del acusado. Nuestro papel -insistimos- se limita al examen de la licitud y suficiencia de las pruebas practicadas, así como al análisis de la racionalidad con la que esas pruebas han sido valoradas en la instancia. Y sin necesidad de *revalorar* lo que ya ha sido objeto de ponderación por el Tribunal *a quo*, el examen de las fotografías incorporadas a la causa (folios 73 a 80), es suficientemente expresivo de las condiciones en que los inmigrantes eran trasladados.

(...)

La jurisprudencia de esta Sala no presenta la uniformidad que habría sido deseable. No faltan resoluciones que etiquetan el riesgo para la *vida, la salud o la integridad de las personas*, como un riesgo abstracto, no concreto, de suerte que «... *para apreciar el subtipo basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos*» (STS 1268/2009, 7 de diciembre). Pero también hemos dicho que «... *la necesidad de que haya provocado una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos contemplados en el precepto requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto, sin que éste pueda presumirse ligado a ciertas conductas consideradas ex ante como peligrosas*» (cfr. STS 1059/2005, 28 de septiembre y ATS 730/2017, 30 de marzo;). Esta idea aparece reiterada en la STS 295/2016, 8 de abril, en la que señalábamos que «... *el peligro para la vida es inherente a una travesía en patera sin medios adicionales de ayuda o apoyo entre cualquier punto, por cercano que sea, de África y el sur de la península Ibérica. Ahora bien, la pobreza narrativa de la sentencia nos impide tener por aseveradas en el hecho probado de forma totalmente concluyente esas circunstancias. Tampoco ofrece la base elemental para reprochar*

*culpabilísticamente a cada uno de los acusados esa eventual situación de riesgo vital».*

Hechas estas precisiones, resulta evidente que, sea cual fuere el criterio que se adopte a la hora de calificar el tipo agravado del art. 318 bis 3 b) como delito de peligro abstracto o concreto -todo apunta a que esta última caracterización es más conforme con los principios que han de informar el sistema penal-, el relato de hechos probados describe una verdadera situación de riesgo, incluso, de carácter vital para los inmigrantes que viajaban hacinados en la furgoneta conducida por el recurrente. El vehículo, según señala el factum, estaba integrado por «... *dos habitáculos con inmigrantes en su interior. Uno formado, a modo de falso fondo, con una tabla de aglomerado sujeta a los extremos por cuatro escuadras, a una distancia de 40 centímetros del fondo real del vehículo, con muy escasa ventilación, en cuyo interior se ocultaban de pie seis inmigrantes subsaharianos. Otro habitáculo, justo encima de los asientos del conductor y el correspondiente al acompañante, con salida al habitáculo anteriormente descrito, en cuyo interior se localizaron a dos inmigrantes tendidos. Todas estas personas se encontraban indocumentadas, y carecían de permiso para entrar a España. (...) Los inmigrantes presentaban síntomas de asfixia, fuerte sudoración, así como respiración agitada, siendo necesaria la rotura de la mencionada plancha de aglomerado de madera, con una palanca, para permitir la entrada de aire y la extracción de los inmigrantes. También fue llamada una ambulancia para atender a estas personas».*

La lectura del juicio histórico impide subsumir los hechos en un simple traslado clandestino de personas procedentes de África. El peligro de que la falta de oxígeno, las reducidas dimensiones del habitáculo y, en fin, la disposición y número de los inmigrantes escondidos en su interior, hubiera acabado con sus vidas o generado importantes lesiones, queda paladinamente reflejado en la sentencia de instancia. De ahí el acierto de la calificación jurídica postulada por el Tribunal *a quo* y la necesidad de desestimar el motivo, al amparo de los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim.

## **D.BIS.CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES O ATENUANTES**

Confesión

Tribunal Supremo

**1.STS nº 11/2018, de 15 de enero**

**Atenuante de confesión. La confesión extemporánea opera como prueba analógica de confesión, pero debe ser en todo caso veraz, completa y no interesada. Debe mirarse con precaución en el crimen organizado porque es posible que la autoconfesión sea un rol de los escalones inferiores de la organización para exculpar a los que están en la cúspide. La confesión tampoco es útil ni eficaz ya que se produce una vez que el delito se está desplegando y la prueba la aporta la inspección ocular del vehículo sin que haya llevado a la inculpación de otros partícipes.**

La defensa del acusado reivindica la aplicación de la atenuante de colaboración. Bernardo ha ofrecido -se argumenta- numerosos datos, ha mantenido su declaración a lo largo de todo el procedimiento, incluido el juicio oral y ha posibilitado la detención y el enjuiciamiento de los otros acusados, aunque finalmente la Audiencia procediera a su absolución. La confesión como atenuante analógica -concluye la defensa- debió haber sido aplicada.

La impugnación no es consistente.

**3 . 1.-** No existe razón de política criminal -decíamos en nuestra STS 527/2008, 31 de julio - que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal por aplicación de una atenuante analógica del art. 21.6 del CP.

Es cierto que el art. 21.4 del mismo texto penal considera circunstancia atenuante la de «*haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*». A la vista de esa descripción legal, son imaginables supuestos en los que esa confesión, aun no sometida al requisito cronológico impuesto por este precepto, pueda desplegar sus efectos como atenuante analógica. Así lo ha entendido esta Sala en distintas ocasiones, si bien recordando que, en principio, no cabrá aplicar la atenuante de confesión por vía analógica en los casos en que falta el requisito cronológico, en cuanto que la analogía no puede considerarse como expediente que sirva para crear atenuantes incompletas, haciendo irrelevante la concurrencia de un requisito exigido por la Ley para su valoración como atenuante. Para que se estime integrante de atenuante analógica de confesión la autoinculpación prestada cuando ya el procedimiento -policial o judicial- se dirigía contra el confesante, será necesario que la colaboración proporcionada por las manifestaciones del inculpado sea de gran relevancia a efectos de la investigación de los hechos; en el caso que estos efectos excepcionales no se den, habrá de tenerse en cuenta si concurren los requisitos básicos de la atenuante nominada, cuya

aplicación analógica se pretende (cfr. SSTS 1968/2000, 20 de diciembre y 1047/2001, 30 de mayo ).

Es entendible que en todos aquellos casos en los que esa confesión, aun extemporánea, facilite de forma singular el desenlace de una investigación ya iniciada, los efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal estén aconsejados. Razones pragmáticas ligadas a la conveniencia de estimular una confesión relevante para el esclarecimiento de los hechos, hacen explicable que la ausencia de un presupuesto cronológico -que la confesión se produzca antes de conocer el imputado que el procedimiento se dirige contra él- no se erija en requisito excluyente, sobre todo, cuando entre la atenuante genérica de confesión ( art. 21.4 CP) y la analógica ( 21.6 CP ) puede predicarse el mismo fundamento (cfr. SSTS 622/2011, 15 de junio ; 61/2010, 28 de enero y 1063/2009, 29 de octubre).

Ese fundamento atenuatorio, pues, no desaparece en los supuestos excepcionales en los que la relevante confesión es ulterior al inicio de las investigaciones, pudiendo ser reconducida por la vía de la integración analógica que ofrece el art. 21.6 del CP. Sin embargo, las razones de política criminal antes expuestas se difuminan cuando falta un requisito implícito en el enunciado de la atenuante genérica, esto es, la veracidad de la confesión. De otro modo, adjudicando a una confesión incompleta o interesada el privilegio de la atenuación, se aleja la rebaja de la pena de su fuente legitimante. Además, se corre el riesgo de fomentar autoconfesiones concebidas con el exclusivo pretexto de liberar a algunos de los principales responsables del hecho delictivo imputado. Los perniciosos efectos que una línea interpretativa así produciría en los casos de criminalidad organizada son evidentes. En las redes de codelinuencia sometidas a una estructura más o menos jerarquizada, no es difícil imaginar casos en el eslabón más débil de la cadena incluyera entre sus funciones la resignada asunción de responsabilidades para el caso en que todos, principales y subordinados, fueran descubiertos.

**3. 2.-** Conforme al criterio expuesto, en el supuesto objeto de nuestra atención no se dan los requisitos que habrían permitido la aplicación de la atenuante del art. 21.6 del CP. En efecto, el recurrente, no se olvide, es detenido en el momento mismo en el que el delito está desplegando sus efectos destructivos sobre la integridad y la dignidad de los inmigrantes que se hallan ocultos en la furgoneta. Desde ese momento, la investigación del hecho está claramente facilitada por las circunstancias de la detención y por el simple examen ocular que efectúan los agentes del interior del vehículo. La Sala hace suyas las palabras del Fiscal en su dictamen de impugnación cuando destaca que en el presente caso sucede que tal confesión no sólo fue

tardía, sino que tampoco fue útil ni eficaz para la investigación, pues no aportó datos significativos para esclarecer los hechos enjuiciados ni de trascendencia para la función investigadora, toda vez que no propiciaron el esclarecimiento de los hechos, pues no han servido para determinar la participación de otras personas.

## Dilaciones

Tribunal Supremo

### 1.STS nº 11/2018, de 15 de enero

**La dilación indebida no es cualificada. La defensa omite que el retraso también se debió a la tardanza en presentar el escrito de defensa.**

**CUARTO.** - El último de los motivos formalizados también alega la indebida aplicación de los arts. 21.6 y 66.1 y 2 del CP, toda vez que la atenuante de dilaciones no debió haber sido apreciada como simple, sino como muy cualificada.

Con el fin de justificar la paralización del procedimiento se señala que el auto de transformación en procedimiento abreviado fue dictado el 13 de octubre de 2014, el Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación en enero de 2015 y no fue hasta el 21 de julio de 2016 cuando se dio traslado para la formulación del escrito de defensa. Existió, por tanto, una paralización de 18 meses para un acto de mero trámite, mucho más grave al tratarse de un procedimiento sin ninguna complejidad.

La Sala no puede coincidir con el análisis del recurrente.

La sentencia de instancia ha apreciado la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de simple. En el FJ 4º explica las razones del rechazo a la naturaleza cualificada que le adjudica la defensa: «... *si bien el Juzgado no fue lo suficientemente diligente en la tramitación de la causa, la tardanza en la formulación del escrito de acusación no se debió exclusivamente al Juzgado, sino también a la pasividad de la parte, pues al acusado Bernardo se le dio traslado del escrito de acusación con fecha 26/2/2015*».

Como puede apreciarse, en el arco cronológico que dibuja el motivo -enero de 2015 y julio de 2016- existió un acto procesal al que no se alude en el argumentario de la defensa y que consta debidamente documentado en el folio 212 de la causa.

Decíamos en las STSS 404/2014, 19 de mayo y 884/2012, 8 de noviembre, que nuestra jurisprudencia ha apreciado la atenuante con el carácter de muy cualificada en supuestos que nada tienen que ver con el presente y en los que se habían producido paralizaciones de notable consideración, por espacio de varios años. Así, en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo); también se ha apreciado como muy cualificada en la STS 291/2003, de 3 de marzo, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001. En STS 896/2008, de 12 de diciembre, por hechos ocurridos 15 años atrás. También 10 años transcurrieron en las SSTS 440/2012, 25 de mayo; 805/2012, 9 de octubre y 37/2013, 30 de enero. En la STS 551/2008, de 29 de septiembre, ante la tardanza de 5 años y medio en la Audiencia, pendiente de la celebración del juicio oral, terminada la instrucción; y en la STS 630/2007, de 6 de julio, por la paralización indebida por tiempo de 4 años, en esas mismas condiciones. Finalmente, la STS 132/2008, de 12 de febrero, estimó la atenuante muy cualificada al tratarse de una causa iniciada en el año 1990.

Al no constar la paralización de la causa en términos que justifique la cualificación de la atenuante de dilaciones, apreciada como simple en la sentencia recurrida, se está en el caso de desestimar el motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 Alecrín).

# III. OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

## A. TIPO BASICO

Tribunal Supremo

### 1.ATS nº 1393/2017, de 8 de noviembre

*Condición de empresario*

**Los hechos probados recogen que el acusado explotaba la finca y en la fundamentación jurídica que es el empresario ya que a través de su encargado contrató verbalmente a los trabajadores.**

El recurrente sostiene la insuficiencia del relato de hechos probados para condenarle. Afirma que no incluye ninguna expresión de la que se infiera que él dio ocupación o contrató verbalmente a los trabajadores.

...

C) En nuestro caso el hecho probado declaró como tal que: Benigno, empresario, explotaba una finca, sita en la carretera de Santa Fe, en el término municipal de Atarfe, (Granada), que se encontraba sembrada de ajos. El día 29 de mayo de 2.014, sobre las 10:15 horas, la inspectora de trabajo, Dña. Caridad, se personó en la finca, donde en esos momentos una cuadrilla de trabajadores realizaba tareas de recogida de ajos. Se identificó a treinta y una personas trabajando sin haber sido dado de alta en la Seguridad Social; de los cuales, trece trabajadores fueron dados de alta el mismo día de la visita de la inspectora de trabajo, pero pasadas las doce horas; cuatro fueron dados de alta el día siguiente, 30 de mayo; y los demás no fueron dados de alta.

En distintas fechas, pero anteriores al día 29 de mayo, en concreto desde el 23 de marzo hasta el día de la inspección, el acusado tenía dadas de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a ocho personas. El día 31 de mayo da de baja a todos los trabajadores excepto a Julio que lo da de baja el 23 de diciembre de 2.014.

La aplicación de la doctrina antes indicada lleva a la inadmisión del motivo. Respecto a la primera cuestión planteada, en los hechos probados se especifica que el acusado explotaba la finca; y posteriormente, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, se recoge que el acusado, a través

de su encargado, contrató verbalmente a las personas que se encontraban trabajando en la finca. Por tanto, está expresamente probado que el acusado fue quien contrató a los trabajadores.

(...)

Los hechos declarados son claros, sin existir omisiones que impidan su comprensión y recoge los elementos precisos para concluir la existencia del delito por el que el acusado ha sido condenado. En los hechos probados se refleja la falta de alta en la seguridad social de más de la mitad de los trabajadores que trabajaban en la explotación del acusado. Aun cuando de forma expresa no se afirme en dichos hechos que el acusado era quien realizaba las contrataciones, dicho extremo aparece recogido en los fundamentos jurídicos, en los que se recoge expresamente que contrataba verbalmente a los trabajadores a través de su encargado. Además, no cabe ignorar que los trabajadores lo hacían en beneficio del acusado, el titular de la explotación, sobre quien recae la responsabilidad de la falta de alta en la Seguridad Social.

En definitiva, no se advierte el defecto procesal alegado por el recurrente. Los hechos de la sentencia recurrida, completados con los hechos recogidos en los fundamentos jurídicos, permiten concluir la comisión por el recurrente del delito contra los derechos de los trabajadores por el que ha sido condenado.

*Elemento aritmético*

Tribunal Supremo

**1.ATS nº 1393/2017, de 8 de noviembre**

**Se cumple el requisito de ocupación colectiva. La empresa tiene 39 trabajadores en plantilla de los que sólo están dados de alta 8. La explotación agrícola del acusado tenía más de diez y menos de cien trabajadores, superando los trabajadores sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social el 50% de la plantilla.**

El recurrente sostiene ...En segundo lugar, no se recogen datos que permitan sostener la ocupación "masiva y colectiva" sin dar de alta en la Seguridad Social.

(...)

Afirmábamos en *STS 121/2017, de 23 de febrero* que: «Ante todo debemos

recordar las consideraciones que efectuamos en nuestra *STS 478/2015, de 17 de julio*, donde precisamos que: «el tipo penal de referencia es el *art 311, 2º CP*, precepto introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, con entrada en vigor a partir del 17 de enero de 2013, y que en concreto tal tipo penal castiga con la sanción dispuesta en el mismo, a los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,

b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien.

c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.

La finalidad de la norma, como se deduce del Preámbulo de la LO 7/2012, es sancionar a quienes recurren, de forma masiva o colectiva, a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al sistema de la Seguridad Social correspondiente. Y dicha incorporación es obligatoria, en las condiciones establecidas legal y reglamentariamente, independientemente del número de trabajadores y horas de prestación en el mes anterior al momento del cómputo».

...

Respecto a la segunda cuestión, contrariamente a lo referido por el recurrente, en los hechos probados se recoge que, en el momento de los hechos, la inspección del día 29 de mayo de 2014, había 31 trabajadores sin dar de alta a la Seguridad Social, de los cuales 13 fueron dados de alta el mismo día pasadas las 12 horas, cuatro al día siguiente y el resto no fue dado de alta. Hasta el día de la inspección el acusado tenía dadas de alta en el régimen general de la Seguridad Social a ocho personas. De dichos datos se concluye de forma inequívoca que el total de empleados, si contamos los que estaban dados de alta, era de 39, de los que antes de las 12 horas del día 29 de mayo de 2014, solo estaban dados de alta ocho. Esto es, la explotación agrícola del acusado tenía más de diez y menos de cien trabajadores, superando los trabajadores sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social el 50% de la plantilla.

*Especificidades del alta de la normativa agraria que puede ser el mismo día en que se trabaja hasta la 12 siempre que se justifique.*

*Momento en que se da el alta*

Tribunal Supremo

**1.ATS nº 1393/2017, de 8 de noviembre**

**Aunque la normativa agraria permite dar de alta a los trabajadores el mismo día de la recolección hasta las 12 horas siempre que se justifique, en este caso, las 13 personas que dio de alta ese día lo fueron pasadas las 12 y las otras cuatro, el día siguiente.**

El recurrente ...En tercer lugar, sostiene que los hechos son atípicos por permitir la legislación la comunicación de las altas hasta las 12 horas, ex *artículo 3 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre*, por la que se procede a la integración del régimen especial agrario de la Seguridad Social en el régimen general.

(...)

el recurrente se aparta del tenor literal de los hechos probados, en los que de forma expresa se afirma que de las 31 personas trabajando sin dar de alta en la Seguridad Social, trece fueron dadas de alta el mismo día de la visita de la inspectora de trabajo, pero pasadas las 12 horas, y cuatro fueron dados de alta al día siguiente. Como dispone el *artículo 3 de la Ley 28/2011*, es posible en el régimen agrario que las altas a la Seguridad Social se den el mismo día de inicio de la relación laboral, pero antes de las 12 horas y ello siempre que se justifique. En el presente supuesto, de forma expresa se recoge que las altas del día de la inspección tuvieron lugar después de dicha hora; especificándose en el fundamento jurídico segundo, que fueron realizadas a partir de las 13:27 horas; además, afirma la Sala de instancia, el acusado no justifico por qué no lo hizo con carácter previo a la contratación.

*Extensión del art.311.2 CP a la actividad agraria*

Tribunal Supremo

## 1.ATS nº 1393/2017, de 8 de noviembre

**El art.311.2 CP extiende también su ámbito de aplicación a la actividad agraria. El Código Penal no exige que la empresa tenga una determinada forma jurídica o que los trabajadores desarrollen su labor en un espacio edificado, siendo el hecho determinante la ocupación de trabajadores para la explotación de una actividad mercantil sin darles de alta en la Seguridad Social.**

A) Denuncia que el tipo penal por el que ha sido condenado limita la punición al hecho de dar ocupación simultánea a un porcentaje de trabajadores "en la empresas o centros de trabajo", y considera que una explotación agraria no es ni una empresa ni un centro de trabajo.

B) Es de aplicación la doctrina señalada en el razonamiento jurídico anterior en relación con el delito previsto en el *artículo 311 .2 del Código Penal*.

C) El motivo ha de inadmitirse. El precepto abarca a todo tipo de contrataciones, no existiendo elemento alguno que permita su restricción; es más, el propio precepto hace referencia al régimen de la Seguridad Social que corresponda, esto es, abarca también el régimen agrario, siendo evidente que el lugar de trabajo en este caso es el campo. El centro de trabajo es definido en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el *artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* como: "el lugar donde se desarrolla la actividad, el área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo". El *artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores*, considera centro de trabajo "la unidad productiva con organización específica". No cabe duda que en el caso concreto la actividad desarrollada por los empleados, la recolección del producto, es una actividad productiva, dotada además de organización; en la explotación había una persona que desarrollaba las labores de encargado.

El Código Penal no exige que la empresa tenga una determinada forma jurídica o que los trabajadores desarrollen su labor en un espacio edificado, siendo el hecho determinante la ocupación de trabajadores para la explotación de una actividad mercantil sin darles de alta en la Seguridad Social.

En definitiva; en el presente supuesto, no puede hablarse de una interpretación extensiva de un precepto restrictivo en perjuicio del acusado,

prohibido en Derecho Penal.

*Elemento subjetivo*

Tribunal Supremo

**1.ATS nº 1393/2017, de 8 de noviembre**

**Concurre el elemento subjetivo. El acusado contrató deliberada y conscientemente sabiendo el número de trabajadores que contrató y empleó.**

Finalmente, afirma que en los hechos probados tampoco se recoge el elemento subjetivo del delito.

...

Finalmente, de los hechos probados se desprende de forma inequívoca el elemento subjetivo del delito, el acusado de forma voluntaria y consciente contrató a más de la mitad de su plantilla, en una empresa que empleaba a más de 10 y menos de 100 trabajadores, sin darles de alta en la Seguridad Social.

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), secc.1ª, nº 6/2018, de 6 de marzo**

**No concurre error de prohibición. El acusado conocía perfectamente sus obligaciones. En sus declaraciones manifestó que no pudo darles de alta ya que el sistema informático de la Seguridad Social no lo permitía y porque su número de la Seguridad Social no estaba operativo.**

**TERCERO.** - Al hilo de estas alusiones a lo que considera errores de la sentencia, se expresa que "ignorar el momento en que había que darlos de alta podría ser considerado como una infracción administrativa, nunca como un ilícito penal" y que "ha de tenerse en cuenta que el Sr. Ambrosio es un agricultor no experto en leyes, por lo que atribuirle el delito y la pena que se le ha hecho (sic) es cuando menos escandaloso para el medio rural en que reside, y mucho menos asumible".

Parece que quiere alegarse con ello un error de prohibición, por lo que hemos de recordar la doctrina que sobre la cuestión ha sentado el TS. En efecto, la jurisprudencia rechaza que exista error penalmente relevante en los casos en que el sujeto, consciente de la ilicitud de la acción, ignore las concretas consecuencias legales de la misma. En consecuencia, es irrelevante que el sujeto piense que comete una infracción administrativa, y no un delito. La *STS 4 de marzo de 2016* expresa que no es necesario para vulnerar la norma penal conocer la existencia de un precepto penal concreto ni el contenido de la norma, sino que es suficiente con conocer la ilicitud de la conducta con el grado de conocimiento que sobre lo prohibido debe tener cualquier ciudadano profano en derecho.

En nuestro caso, consta por la propia documentación aportada por la defensa al juicio oral que en su momento el acusado alegó que era el sistema informático de la Seguridad Social el que impedía la afiliación y alta de los trabajadores por haber alterado su identificador sin comunicarle el cambio (documento nº 5). Y la sentencia refiere también (Fundamento primero) que alegó en su declaración sumarial que no pudo dar de alta a los trabajadores hasta el día 13-8-2016, porque su número de la Seguridad Social no estaba operativo. Era, por tanto, perfectamente consciente de cuáles eran sus obligaciones.

### *Reparación del daño*

Tribunal Superior de Justicia

#### **1.STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), secc.1ª, nº 6/2018, de 6 de marzo**

**No se aprecia la atenuante de reparación de daño. No se planteó en conclusiones sino en el informe final. El alta en la Seguridad Social se produjo de oficio, no está acreditado ni la cantidad debida, ni cuando se pagó, ni tampoco que el mismo fuera realizado de forma voluntaria.**

**SEXTO.** - Por último, en el recurso se alude a la atenuante de reparación del daño que afirma se invocó subsidiariamente en la vista del juicio. La parte no llega a alegar incongruencia de la sentencia, que en efecto no hace mención a dicha circunstancia, pero lo cierto es que no se alegó en el trámite de conclusiones provisionales ni definitivas, sino que únicamente en el informe final la defensa hizo una referencia a que el acusado se vio obligado, a instancias de la inspección, a dar de alta a todos los trabajadores, y pidió la aplicación de la atenuante.

La doctrina del TS nos enseña que, con carácter general, las cuestiones jurídicas han de haber sido planteadas en conclusiones provisionales o definitivas, no en los informes finales (STS 561/2014, de 4 de julio). No cabe plantear en un recurso una cuestión que no fue objeto de debate contradictorio y de una respuesta en sentencia que, a su vez, podría haber sido objeto de impugnación por las otras partes. Ahora bien, el TS (STS. 707/2002 de 26.4) admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar, cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo, la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Cierto es que nos encontramos aquí en la perspectiva de un recurso de apelación, no de casación. En todo caso, hemos de tener en cuenta que como nos recuerda el ATS 307/2014 de 6 de marzo, la doctrina reiterada de la Sala Segunda (SSTS 129/2011 Y 213/2011) ha venido estableciendo que los presupuestos fácticos de las circunstancias eximentes y atenuantes deben estar probados como los hechos delictivos principales. En el presente supuesto consta que los once trabajadores extranjeros fueron dados de alta de oficio, como consecuencia de la inspección de trabajo. Y pese a que figura aportado a la vista como documento nº 7 un certificado de estar el acusado al corriente en las obligaciones de la Seguridad Social, considera esta Sala que no hay base suficiente para apreciar la concurrencia de la atenuante del art. 21.5 el CP, pues no está acreditado ni la cantidad debida, ni cuando se pagó, ni tampoco que el pago fuera realizado de forma voluntaria.

### *Principio acusatorio*

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), secc.1ª, nº 6/2018, de 6 de marzo**

**No infringe el principio acusatorio que el Fiscal acusara por el art.311.2.c) CP y la Sentencia condenara por el art.311.2. b). Lo decisivo es que no se trate de un acto aislado sino una pluralidad de contrataciones, de manera que el tipo exige un número mínimo y se**

### alcanza el mismo.

Dentro del primer alegato se señala también que habiendo calificado el Ministerio Fiscal en conclusiones provisionales los hechos como delito del 311 .2.c) la sentencia condenó por delito del 311 .2. b lo que infringe el principio acusatorio.

Dice la *STS de 3 de mayo de 2012* sobre la cuestión aquí examinada que "el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado ", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse" ( *s. T.S. 7/12/96* ). En suma, como se precisa en *Sentencia de 26/2/94* es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) que el inculcado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión y d) que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado" (Doctrina esta recordada en la *STS 655/2010 de 13 de julio* ).

El error que denuncia en cuanto a la subsunción de los hechos (apartado b o c del art. 311 .2) es completamente irrelevante y a tenor de lo que acabamos de exponer, en absoluto puede comportar una vulneración del principio acusatorio. Lo que configura el delito es que no se trate de un acto aislado sino una pluralidad de contrataciones, de manera que el tipo exige un número mínimo: **b)** el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o **c)** la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores. Pero la pena es la misma en todos los casos. Aquí se dice en el apartado de hechos probados de la sentencia que eran 11 los trabajadores (y no se hace mención a ningún otro trabajador legalmente contratado). Se alcanzó pues, ese mínimo. Eso es lo

relevante.

## **C.RESponsABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA**

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio

**La aplicación del art.129 CP no exige la previa responsabilidad de la persona jurídica y su citación a juicio. El art.129 CP se aplica porque dicha responsabilidad de la persona jurídica no es aplicable al delito contra el derecho de los trabajadores.**

- Aunque sea alterando el orden expositivo de los motivos del recurso, es menester abordar en primer lugar, desde un punto de vista lógico, aquel alegato que alega la aplicación indebida del art. 318 CP -de hecho, tal infracción se denuncia desde el primer momento del recurso-, que dice:

" Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores) 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 art. 129 ".

Alega el recurrente que el precepto -efectivamente aplicado porque el acusado, persona física, ha sido condenado en tanto que administrador de BAPEZ, S.L.- "solo tiene una interpretación posible: se deben atribuir penalmente los hechos a la persona jurídica para ser aplicable el art. 318 CP "; y de hecho así lo hace la Sentencia apelada en su FJ 5º; sin embargo, no se ha permitido traer a BAPEZ a la causa como acusada, desestimándose los recursos de reforma y de apelación interpuestos con el Auto de incoación del P.A., limitando su intervención en la misma a su condición de responsable civil subsidiario.

El motivo ha de ser desestimado, pues, a diferencia de lo que postula el recurrente, sí cabe otra interpretación totalmente distinta del art. 318 CP , que es la defendida por la Sala Segunda en su Sentencia 121/2017, de 23 de

febrero (roj STS 737/20179 -recaída en un caso muy similar al presente-, cuando señala (FJ 2º.3):

El recurrente parte de un planteamiento equivocado.... La entidad Paradela SL no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP . El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace - mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Lo 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.

(...)

De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31 bis.

La sentencia sí que resuelve esta cuestión. Condena al recurrente y ello pese a que nadie acusó a la persona jurídica.

Además, -como apunta el Ministerio Fiscal- la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los ( arts. 31 bis y ter) CP .

## IV. PRUEBA

### INMIGRACIÓN ILEGAL

#### A. DECLARACIÓN DEL ACUSADO

Tribunal Supremo

##### 1.ATS n° 603/2018, de 5 de abril

**La alegación exculpatoria de los acusados ha sido desestimada por el Tribunal con argumentos lógicos. La manifestación del acusado de que llevaba barba no prospera pues es evidente que en el plazo transcurrido hasta su detención pudo afeitarse.**

Igualmente, consideró que la valoración de las declaraciones exculpatorias de los recurrentes, realizada por el órgano de instancia era igualmente lógica y exenta de arbitrariedad. Citaba, así, el órgano de apelación la alegación del recurrente de que no podían navegar en la patera por una lesión en la rodilla, que no había quedado en absoluto acreditada ni diagnosticada o la referente a que llevase barba, pues era evidente que, en el plazo que transcurrió hasta su detención, podía haberse afeitado

#### **B. TESTIFICAL. ATESTADO Y PERICIAL MÉDICA.ART.318 BIS**

##### B.1.TESTIFICAL DEL INMIGRANTE

Tribunal Supremo

##### 1.ATS n° 603/2018, de 5 de abril

**El menor relató cuales eran las funciones que desempeñaban los acusados en la patera y que eran ellos quienes la tripulaban y estaban al mando. Los acusados fueron identificados en reconocimiento fotográfico y judicial**

C) El Tribunal Superior de Justicia consideró que la valoración del

Tribunal de instancia de la prueba se ajustaba a las reglas de la lógica. El menor relató claramente cuáles eran las funciones que desempeñaban los acusados en la patera y, claramente, manifestó que eran ellos los que la tripulaban y estaban al mando de su gobierno. Asimismo, les había reconocido fotográficamente, primero en el Centro de Acogida Inmediata, en presencia del cuidador del menor y 10 días después de haber arribado a la costa, y, en segundo lugar, en la diligencia de reconocimiento judicial practicada en el Juzgado de instrucción, en presencia del Fiscal, su defensa y el intérprete de árabe.

## B.2.TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL

Tribunal Supremo

### 1.STS nº 11/2018, de 15 de enero

**Conforme declararon los agentes, los inmigrantes presentaban síntomas de asfixia, tuvieron que emplear una palanca para romper la plancha de madera y así permitir que entrara el oxígeno y sacar a los inmigrantes. A ello se une la debilidad física de estos que no podían tenerse en pie.**

No existe insuficiencia probatoria en la construcción del relato de hechos probados. Tampoco en los presupuestos fácticos que justifican la aplicación del tipo agravado. Estos encuentran apoyo en la fuente de prueba representada por los agentes que intervinieron en la detención del acusado e inspeccionaron la furgoneta. En efecto, la forma y lugar en el que se transportaba a los inmigrantes, los síntomas de asfixia que éstos presentaban, la necesidad de emplear una palanca para romper la plancha de madera a fin de permitir la entrada de oxígeno y la extracción de los inmigrantes, y, en fin, la debilidad física de éstos, que no podían mantenerse en pie («... *estaban oprimidos, muy cansados y débiles*»), son elementos probatorios que justifican la aplicación del tipo agravado.

## B.3.PRUEBA PRECONSTITUIDA O ANTICIPADA

Tribunal Supremo

### 1.ATS nº 603/2018, de 5 de abril

**La prueba preconstituida estaba justificada. Existía un alto grado**

**de probabilidad de que el testigo no fuera localizado en el momento de celebrarse el juicio. La prueba se practicó con todas las garantías. Los abogados pudieron hacer las preguntas que estimaron convenientes y sólo se rechazaron las impertinentes. Fue, igualmente, reproducida en el acto de la vista oral, permitiendo comprobar su regularidad.**

C) Se declaran como hechos probados, en síntesis, en el presente procedimiento,

El Tribunal Superior de Justicia desestimó la alegación formulada por ambos recurrentes, con este mismo contenido, indicando que la declaración preconstituida se practicó ante el Juzgado de Instrucción, en presencia de ambos recurrentes, de sus defensas, del Ministerio Fiscal y del intérprete de árabe y que la prueba quedó grabada en el soporte digital correspondiente, lo que permitió su reproducción en plenario. En dicha prueba, la defensa de ambos recurrentes no formuló observación ni protesta alguna.

El órgano de apelación estimaba, por otro lado, que se habían cumplido las formalidades precisas para poder reproducir la prueba preconstituida en el acto de la vista oral. Constaba así en actuaciones sendas comunicaciones policiales a la Audiencia, dando cuenta de que los inmigrantes irregulares mayores de edad que habían llegado a la isla de Gran Canaria el día 7 de octubre de 2016 habían sido o repatriados hacia su país de origen o que se encontraban ilocalizables y que era de suponer, por lógica, que entre ellos se encontraba el testigo protegido. Asimismo, hacía también constar que, de esta diligencia, de la que se desprendía la imposibilidad de citar al testigo protegido y otros dos más, se había dado traslado a las partes, sin que la defensa de los acusados formulase observación alguna al respecto.

En definitiva, reflejaba el órgano de apelación la plena justificación de la práctica de la prueba preconstituida. El testigo en cuestión era uno de los ocupantes de la patera, que, cuando arribó a la costa canaria, era menor de edad y, previsiblemente, al tiempo de la celebración de la vista oral, se encontraría en paradero desconocido, e hipotéticamente, fuera incluso de territorio nacional. Asimismo, estimaba que justificaban la medida su modo de introducirse en España, de forma irregular, y su falta de arraigo o de contacto alguno con otras personas que pudieran ayudarle a integrarse.

A partir de todo lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia, basándose en la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró que la prueba impugnada, tanto en cuanto a su forma como a su propia existencia, estaba justificada y era legítima.

La valoración del Tribunal Superior debe respaldarse. Existían razones de peso para la práctica de la prueba preconstituida y para estimar, con un alto índice de probabilidad, que el testigo no se encontraría a disposición de los Tribunales o su localización sería extraordinariamente difícil, al tiempo de celebrarse la vista oral. Por lo demás, en la práctica de la mencionada prueba, que luego se reprodujo en el acto de la vista oral, se garantizó el principio de contradicción a las defensas de los acusados, brindándoles la posibilidad de someter al testigo a interrogatorio cruzado. Incluso, hacía notar el Tribunal Superior que la defensa de los acusados pudo plantear al testigo las preguntas que consideró oportunas, y que no contó con otra limitación que la que impone el *artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, referido a todo testigo, de dispensarle de contestar las preguntas capciosas o impertinentes. Así ocurrió en el presente caso, en el que el Juez de Instrucción denegó la pregunta formulada por la defensa relativa a si el testigo había sido mediatizado o influenciado por los agentes de la Policía en el reconocimiento fotográfico. Igualmente hacía constar el Tribunal Superior que, pese a que el Juez denegó la pregunta, el testigo llegó a responderla, afirmando que no fue coaccionado ni sugestionado.

(...)

Los razonamientos del Tribunal Superior deben ser respaldados. No existía, tal como hemos dicho, ninguna razón a que apuntase a una incorrecta práctica de la prueba preconstituida, sino al contrario. Fue, igualmente, reproducida en el acto de la vista oral, permitiendo comprobar su regularidad.

## **B.BIS. TESTIFICAL.ART.311CP**

Tribunal Supremo

### **1.ATS n° 1393/2017, de 8 de noviembre**

**Las pruebas valoradas para aplicar el art.311.2 CP son: Las actas levantadas por la Inspección de Trabajo, la declaración de la inspectora que acudió a la explotación agrícola y manifestó que todos estaban trabajando y la declaración del inspector de trabajo, jefe del equipo, que visó el informe de la inspectora que explicó que, aunque la normativa permite dar de alta el mismo día del trabajo es hasta las 12: 00 y de manera justificada. El primer trabajador dado de alta lo fue a las 13:27.**

C) El Tribunal de instancia estimó que los hechos relatados eran constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto en

el artículo 311 .2 del Código Penal, introducido por la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

El Tribunal de instancia tomó en consideración para declarar los anteriores hechos como probados:

i) En primer lugar, las actas levantadas por la inspección de trabajo.

ii) En segundo lugar, la declaración de la inspectora de trabajo que acudió a la explotación agrícola. Afirmó que todos los que estaban en la plantación estaban trabajando, estaban agachados recogiendo ajos. Especificó que si alguno le hubiera dicho que no estaba trabajando lo hubiera hecho constar en el acta.

iii) Asimismo, la Sala toma en consideración la declaración del inspector de trabajo, jefe del equipo, Sr. Silvio, quien visó el informe de la inspectora de trabajo que realizó la inspección. Manifestó que las altas en el Régimen de la Seguridad Social se dan antes de iniciar el trabajo, si bien en el régimen agrario se puedan dar las altas el mismo día de inicio de la relación laboral, pero antes de las 12 horas, y ello siempre que se justifique. En el caso enjuiciado, el trabajador que primero se dio de alta el día 29 de mayo fue a las 13:27 horas, además no se justificó el retraso en el alta.

**El Tribunal no da credibilidad a las declaraciones de las personas que se encontraban en la explotación y manifestaron no estar trabajando y que no se explican porque fueron dados de alta. Entran en contradicción con las manifestaciones de la inspectora que de manera categórica afirmó que les vió haciendo labores de recolección. Algunos sí reconocieron estar trabajando.**

iv) Declaración de las personas que se encontraban en la explotación en el momento en que acudió la inspectora de trabajo. Cuatro de ellas afirmaron que no estaban trabajando y que no se explican por qué le dieron de alta el día 29 de mayo. También Carlos Francisco y su hijo Baldomero afirman que el día en que acudió la inspectora de trabajo no trabajaban, pasaban por el lugar, facilitaron su DNI a un boliviano que hacía de encargado, y se fueron a casa. Por la tarde un sobrino del dueño les buscó y les dijo que fueran al día siguiente a trabajar.

La Sala no otorga credibilidad a dichas declaraciones al entrar en contradicción con la de la inspectora de trabajo, quien de forma categórica afirmó que les vio realizando labores de recolección; además de no explicarse por qué les dieron el alta y quien facilitó sus datos para ello.

Por su parte otros trabajadores, Baldomero y Camilo, manifestaron que buscaban trabajo. Baldomero afirmó que había oído que en la plantación necesitaban a gente, acudieron a la explotación y les dieron trabajo; facilitaron sus DNI y, cuando llevaban una hora, hora y media, llegó la inspectora de trabajo. Eugenio afirmó que acaba de empezar a trabajar cuando llegó la inspectora, y que cuando esta se fue siguió trabajando.

(...)

Pues bien, se estima suficiente las declaraciones de las que dispuso el tribunal de instancia y la documental obrante en las actuaciones. No solo la inspectora de trabajo que acudió a la explotación refirió que las personas que estaban en el lugar estaban recolectando, sino que varias de las personas afectadas reconocieron que habían cedidos su DNI al encargado y llevaban trabajando un buen rato antes de que llegara la inspectora de trabajo. Asimismo, la documental aportada por la Seguridad Social acredita que el acusado, con anterioridad a las 12:00 horas del día 29 de mayo de 2014, tenía dadas de alta en la Seguridad Social a ocho de los 39 trabajadores que tenía empleados.

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), secc.1ª, nº 6/2018, de 6 de marzo**

**Es irrelevante el momento en que se dio de alta a los trabajadores. La norma permite hacerlo hasta las 12 horas siempre que el empresario acredite porque no ha podido hacerlo antes. De la declaración de la inspectora se desprende que trabajadores fueron dados de alta de oficio y su situación fue regularizada después de la visita. Un graduado social que trabaja para la empresa lo confirma.**

Por otro lado, ninguna relevancia tiene el momento concreto en que, en todo caso con posterioridad a la visita de la inspección, se diera de alta a los trabajadores. Como se indica en el fundamento primero de la sentencia, si bien cabe hacerlo el mismo día del comienzo de la actividad hasta las 12 horas, es preciso que haya habido una imposibilidad de presentar el alta antes, y la acreditación de ese extremo corresponde al empresario. La inspectora manifestó en el acto del juicio que se regularizó de oficio la situación, y que se les dio de alta a los trabajadores posteriormente al momento de la visita. Así consta, además, en la documentación aportada por

la defensa del acusado en el acto de la vista (documento nº 4, tramitación de altas de oficio, todas ellas del día 11 de agosto 2016). También declaró el graduado social Sr. Alonso Bielsa que trabaja para la empresa, y dijo que estando de vacaciones el día 11 le llamó el acusado porque había ido la inspección y el día 12 se pusieron en marcha, y que se produjeron las altas porque venía en la diligencia de la inspección los trabajadores que había que dar de alta.

La valoración que hace la Sala de instancia ni es irracional, ni infringe las máximas de experiencia, ni omite la valoración de elemento de prueba relevante alguno, por lo que el motivo ha de ser rechazado.

**La declaración de la inspectora de trabajo de cuya objetividad no cabe dudar es suficiente. Declaró categóricamente que al entrar observó una zona con mesas de trabajo y los trabajadores huyeron. Unos volvieron solos o con la Guardia Civil y otros fueron identificados por la propia empresa a través de su asesor. El empresario reconoció que no estaban dados de alta. Resulta intrascendente si unos u otros de los trabajadores lavaban los ajos y los otros los trenzaban.**

**SEGUNDO.** - No aprecia esta Sala error alguno en la valoración de los hechos. Afirma la defensa que no es suficiente con lo que ha declarado la Inspectora de Trabajo, sino que también son necesarias las declaraciones de los trabajadores para justificar lo que se pretende, y más -razona- si estamos hablando de derechos de los trabajadores. Y a continuación repasa uno a uno los 11 trabajadores en cuestión, terminando por concluir que solo dos de ellos estarían afectados por la circunstancia que motivó el delito, ya que algunos no acudieron al juicio, respecto de otro destaca que estaba dado de alta en otra empresa, y otros pasaban por allí en busca de trabajo.

Pero las apreciaciones de la recurrente no desvirtúan la prueba que proporciona el testimonio de la Inspectora de trabajo, Sra. Zaida, de cuya objetividad no hay razón para dudar y que percibió directamente los hechos, recogidos después en el acta. Dicha funcionaria fue rotunda en sus respuestas como consta en la grabación del juicio visionada por la Sala. Así, relató que, al entrar al lugar, vio una zona abierta con mesas de trabajo y que los trabajadores salieron corriendo; que cuando entraron los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado algunos trabajadores volvieron, otros volvieron con la Guardia Civil, y los demás fueron identificados por la propia empresa a través de su asesor. Que el propio empresario manifestó que no tenían alta en la Seguridad social, que estaban a prueba (precisó que según el *art. 14 del ET* el período de prueba se incluye en la relación laboral) y que pensaba, si estaba contento con ellos, hablar con el gestor para que les

diera de alta. Ante ello, resulta completamente intrascendente si unos u otros de los trabajadores lavaban los ajos y los otros los trenzaban.

## **OCUPACIÓN DE TRABAJADORES**

### **A. CONDICIÓN DE EMPRESARIO O ADMINISTRADOR**

Tribunal Superior de Justicia

#### **1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio**

**Siendo el acusado, administrador único de la empresa debe ser castigado conforme al art.318 CP ya que no se ha acreditado que en condiciones de administrador único no fuera responsable de las contrataciones.**

Por lo demás, no cuestionado -ni siendo cuestionable- que el acusado es administrador único de BAPEZ, es insoslayable la punición prevista en el art. 318 CP , puesto que, como pone de relieve el FJ 4º de la Sentencia apelada, tampoco se ha acreditado que, en su condición de administrador único, no fuera responsable de las contrataciones efectuadas -recordamos de nuevo la incredibilidad que la Sala a quo confiere al testimonio del Jefe de Sala-, o que, aun sin ser el encargado de las mismas, no estuviera en condiciones de adoptar las medidas necesarias para remediar tales hechos.

#### **2.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio**

**Es irrelevante que haya dos empresas. Ambas están estrechamente vinculadas entre sí. Una de ellas alquila las habitaciones y reservados del sótano y otra facilita el pago mediante tarjeta de crédito sin que quede constancia del mismo sin que a ello obste donde estén localizadas las trabajadoras en cada momento, la flexibilidad del horario o que no pueda determinarse la retribución. Aplicación de la doctrina de la Sala de lo Social del Supremo por el que la permanencia un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una relación laboral. Se desestima también la alegación de que no conste documentalmente el número de trabajadores.**

El recurrente indebida reputación como trabajadoras de BAPEZ 2015, SL, y no como clientas del local, de las 55 mujeres a que alude la Sentencia, por las siguientes razones:

-- Ante todo, al no determinar su ubicación en el momento de la inspección, pues, como consta en la Sentencia, el local, en el actúan tres empresas, presenta dos espacios claramente diferenciados: la parte superior, gestionada por BAPEZ; y otro, la planta baja, regentada por las otras empresas, siendo en la parte superior donde se llevaban a cabo actividades de relaciones públicas, y en la planta inferior donde había cabinas y reservados;

-- Tampoco resultaría acreditado por documento oficial alguno el número de trabajadores de BAPEZ

..... Asimismo, la Sentencia, analizando el argumento de la defensa de que en el local de Marqués de Viana, 15 , ejercían sus actividades otras sociedades, explica cumplidamente -cfr., FJ 2º- las relaciones estrechísimas entre BAPEZ, -que explota la barra de la sala de fiestas existente en la planta superior-, MADRID NATURAL EVENTS -que alquila las habitaciones y reservados que tiene el sótano- y PLASTIC METALIC -que facilita el pago en dinero mediante tarjeta de crédito, sin que quede reflejado el establecimiento en el que el cliente hace el pago-... También repara el Tribunal a quo en el hecho de que ambas plantas, superior e inferior, se hallen comunicadas por una escalera interna... En todo caso, el argumento defensivo no es tal: la inferencia efectuada por la Sala de instancia de que las mujeres filiadas sin permiso de trabajo y sin alta en la Seguridad Social trabajaban para BAPEZ, más allá de su posible -y no enjuiciada-, aunque sugerida por la defensa, relación con MADRID NATURAL EVENTS, no puede ser reputada, a la luz de los indicios considerados, como más improbable que probable desde un punto de vista puramente objetivo y externo, como demanda la jurisprudencia supra reseñada; y sin que a ello obste la concreta ubicación en un momento determinado de algunas de las mujeres en el local, o que el horario laboral fuera flexible, o que no se pueda precisar el monto de la retribución, y más cuando se declara probado que ésta consiste en un porcentaje de lo consumido en copas con los clientes...

En este sentido, cumple traer a colación cómo la doctrina jurisprudencial tanto de la Sala Cuarta como de la Sala Segunda ha considerado con reiteración que "la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de alterne con

el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral" -v.gr. FJ 1º.C ATS 886/2017, de 1 de junio , roj ATS 6538/2017 , con cita de copiosa jurisprudencia

Visto lo que antecede, hemos de desestimar las alegaciones cuarta y quinta del recurso sobre infracción del art. 311.2.a) CP , que se sustentan en no constar documentalmente el número y filiación de los 113 trabajadores de BAPEZ -como elemento necesario para aplicar el tipo penal, condicionado a un % sobre el nº total de los trabajadores-, ni constar tampoco, con la misma prueba documental, la actividad de alterne, su horario y retribución: tales hechos los hemos considerado suficientemente probados, con una cumplida motivación del juicio de hecho; adoleciendo de otro argumento la infracción de ley denunciada, ésta ha de decaer.

Audiencia Provincial

**1.SAP de Burgos, secc.1ª nº 13/2018, de 4 de mayo**

**Aunque las instalaciones fueran compartidas por varias empresas, no consta que los trabajadores trabajaran para otras empresas. Las personas que en nombre de la empresa comparecieron ante la inspección no negaron que fueran sus trabajadores, sino que justificaron la falta de alta en problemas de identificación.**

La defensa igualmente incidió en que las instalaciones eran compartidas por otras dos empresas con parecido objeto social, circunstancia que no se pone en duda a la vista de la prueba documental y testifical practicadas. Ahora bien, ningún dato obra en la causa que permita establecer que los once trabajadores en cuestión prestaran servicio para esas otras mercantiles. Basta la lectura del acta de infracción para comprobar que el día 28 de agosto de 2013, las personas que en nombre de la empresa Modern Puertas SL comparecieron en las oficinas de la Inspección, D. Raúl y D. Alfredo, en ningún momento negaron que tales trabajadores estuvieran al servicio de la empresa, limitándose a excusar la falta de alta en la Seguridad Social en problemas documentales de identificación de alguno de ellos. Significativo resulta que en los meses inmediatamente posteriores a la inspección (la mayoría el día siguiente), siendo todavía la acusada la administradora de la sociedad, todos fueran dados de alta en la empresa, regularizándose su situación.

**B. TESTIFICAL: CONDICIÓN DE TRABAJADORES**

Tribunal Superior de Justicia

### **1.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio**

#### **Aunque las trabajadoras manifestaron que no estaban trabajando allí y que eran clientas, existe otra prueba de cargo como las declaraciones de los agentes y los inspectores de trabajo.**

Es verdad que las indicadas como trabajadoras no dadas de alta o sin permiso de trabajo que depusieron como testigos en el juicio oral -hasta un número de 6-, manifestaron que no estaban trabajando allí y que eran clientas. Ahora bien, que exista dicha prueba de descargo no implica que la presunción de inocencia se haya vulnerado.

Existe otra prueba de cargo suficiente, que la Sala ha valorado con todo detalle y en conjunto con la de descargo. Dicha prueba vino integrada por las testificales de los agentes de Policía con TIP NUM055 , NUM056 , NUM057 , NUM058 , NUM059 ; por las declaraciones de los subinspectores (Sres. Eladio y Íñigo ) y de la Inspectora de Trabajo (Sra. Virginia ), y por las actas que levantaron; de todo ello perfectamente cabe inferir, sin incompatibilidad alguna con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, de modo suficientemente concluyente -sin excesiva laxitud o indeterminación- y sin necesidad de corroboración por las trabajadoras , que dichas mujeres operaban en una relación de dependencia respecto de BAPEZ, en actividades de "alterne" con clientes de local, sin haber comunicado su alta en el régimen de la Seguridad Social y, en los casos consignados en el factum , sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo.

En este punto, hemos de recordar que no estamos ante una de esas situaciones, en verdad excepcionales -y máxime no tratándose de documentos en sentido estricto, sino de prueba personal documentada, como es la pericial-, en que -vía art. 849.2 LECrim -, la Sala Segunda permite apreciar un error facti ante el desconocimiento o no ponderación, v.gr., de diagnósticos de informes periciales contestes y no contradichos por prueba alguna . Doctrina jurisprudencial y casos descritos y pormenorizados con todo detalle, recientemente, v.gr., en la STS 743/2017, de 16 de noviembre (FJ 1º, roj STS 4144/2017 ).

Muy por el contrario, estamos ante declaraciones de testigos -los agentes de policía- y de testigos/peritos -la Inspectora y los Subinspectores de Trabajo- sustancialmente contestes en lo que observaron, como, v.gr., en las identificaciones efectuadas -hasta un total de 118, de ellos 10 trabajadores de MADRID NATURAL EVENTS, S.L., un autónomo, y los restantes 107 empleados de BAPEZ-, en el acudir de la gran mayoría de las señoritas que fueron identificadas -con contrato y sin él- a las taquillas situadas en la planta

baja para obtener su documentación, en que no portaban bolso... Nada hay de irracional o arbitrario o en exceso laxo, vista la motivación de la Sentencia y la prueba practicada en el plenario, en inferir que la actividad de las mujeres filiadas en el seno de la inspección era una, la misma y por cuenta de la empresa BAPEZ, en una genuina relación de dependencia laboral, consistiendo su quehacer en alternar en el referido establecimiento, fomentando el consumo de copas entre los verdaderos clientes a cambio, como retribución, de un porcentaje del precio de las consumiciones...

Los alegatos del recurso se limitan a expresar una discrepancia con la valoración de la prueba efectuada detallada y razonablemente por la Sala a quo -v.gr, FJ 1º al que nos remitimos. El recurrente, incurriendo en una práctica vedada, no solo articula su queja sobre la base de una visión fragmentada de la prueba -reparando solo en una parte de ella, las periciales, y aun así sin considerarla en su totalidad-, sino que en ocasiones llega incluso a tergiversar su contenido objetivo, como cuando dice que la inspección duró 90 minutos en contra de manifestaciones expresas de que se inició cerca de la media noche y casi hasta las tres de la madrugada (v.gr., en términos puramente descriptivos, el Sr. Eladio precisa que se extendió desde las 11:45 hasta las 2:30 de la madrugada). O como cuando señala que no resultaría acreditado por documento oficial alguno el número de trabajadores de BAPEZ: siendo así, v.gr., que consta al respecto (f. 22) oficio de la Inspectora de Trabajo, Sra. Virginia , haciendo constar que, al día de la inspección, la plantilla total de la empresa era de 113 trabajadores, cuya incorporación a la causa, a instancia del Ministerio Fiscal -cfr. escrito de acusación f. 182- fue interesada como prueba documental, admitida por Auto de 27 de noviembre de 2017 -f. 58 rollo de Sala-, dándose por reproducida en el acto del juicio oral -f. 422- sin impugnación alguna por la defensa.

Más aún: la Sentencia, cumpliendo el deber que le asiste, pondera la prueba de descargo con toda minuciosidad y explica -cfr. FJ 2º- por qué no concede credibilidad a las declaraciones del acusado en el sentido de que las 23 mujeres que se encontraban sin permiso de trabajo y las 32 que no se hallaban dadas de alta en la Seguridad Social eran meras clientas; repara la Sala a quo en la parcialidad tanto del testimonio del Jefe de Sala, Sr. Primitivo , como del de D. Luis Francisco , y enfatiza la incredibilidad que le merecen las manifestaciones de 6 de las mujeres filiadas en la inspección, cuando declaran en el plenario ser clientas del local, poniendo de relieve las patentes contradicciones en que incurren tres de ellas.

Audiencia Provincial

**1.SAP de Burgos, secc.1ª nº 13/2018, de 4 de mayo**

**Los inspectores de trabajo explicaron como la empresa tenía actividad laboral y los operarios estaban trabajando.**

La defensa vino a alegar que, tratándose del mes de agosto, y como era costumbre en la empresa, no existía actividad. Pero tal alegato debe decaer ante las declaraciones del Inspector y Subinspector de Trabajo, quienes refirieron de manera categórica que en el momento de su visita se estaba desarrollando actividad. Explicaron en este sentido que de hecho aprovecharon la salida de un camión para acceder a las instalaciones; que una vez dentro pudieron constatar que las personas allí presentes estaban trabajando, manejando maquinaria y materia prima, y que echaron a correr cuando tuvieron conocimiento de su condición de inspector

**La declaración del trabajador de que sólo fue a pedir trabajo, carece de credibilidad a la vista de las manifestaciones de los inspectores. Otro trabajador reconoció que estaba trabajando**

De los trabajadores afectados, dos de ellos prestaron declaración en el acto de juicio, Salvador e Santiago. El primero reconoció que el día 21 de agosto de 2013 estaba en las instalaciones de Modern Puertas S.L. que ese día había actividad, pero que él en concreto no estaba trabajando, que solo fue a pedir trabajo, dato este último que carece de credibilidad a la vista de las declaraciones de los funcionarios de la Inspección Provincial de Trabajo a las que se ha hecho referencia. El segundo reconoció que el día en cuestión estaba trabajando para Modern Puertas S.L.

## C. DOCUMENTAL Y OTRAS

Tribunal Supremo

### **1.ATS n° 1393/2017, de 8 de noviembre**

**De la documental aportada por la Seguridad Social se comprueba que el acusado, con anterioridad a los hechos, tenía dados de alta en la Seguridad Social a ocho trabajadores con lo que empleó a todos los trabajadores que acudieron a la finca para recolectar ajo sin darles de alta. Sólo les dio de alta a raíz de la visita de la inspectora de trabajo.**

v) Documental aportada por la Seguridad Social a la fecha de la inspección. Se constata que el acusado, con anterioridad a los hechos, tenía dados de alta en el régimen general de la Seguridad Social a ocho trabajadores.

De dichas pruebas la Sala considera acreditado que el acusado precisaba recolectar los ajos rápidamente y, a través de su encargado, que sí

que estaba dado de alta en la Seguridad Social, empleó a todos los trabajadores que acudieron a la finca esa mañana a recolectar ajos, y los empleó sin darles de alta en la Seguridad Social; pero a la vista de la personación de la inspectora de trabajo en la finca, dio de alta a diecisiete de los 31 trabajadores que estaban realmente trabajando. Alta que tuvo lugar pasadas las 12 horas del día en que se inició la relación laboral.

## V.PENA APLICABLE

### A. INMIGRACIÓN ILEGAL

Tribunal Supremo

#### 1.ATS nº 603/2018, de 5 de abril

**La minoría de edad del inmigrante no integra un subtipo agravado, pero nada impide que incremente la pena.**

En lo que se refería a la pena impuesta y a la posibilidad de aplicar el subtipo privilegiado del *número seis del artículo 318 bis del Código Penal*, el órgano de apelación ponía de manifiesto que la pena impuesta de cinco años y seis meses, en una horquilla de cuatro a ocho, no resultaba arbitraria ni exacerbada, habida cuenta de que existían menores a bordo y que, como razonaba el Tribunal Superior, aunque no se contemplase la menor edad de los ciudadanos extranjeros como causa de agravación específica, nada impedía que se pudiese considerar como un criterio plausible a la hora de individualizar la pena. Finalmente, estimaba que en los hechos probados no existía ninguna circunstancia ni objetiva y subjetiva que justificase la aplicación del subtipo privilegiado o que pudiese llevar a considerar que la pena impuesta era manifiestamente desproporcionada o arbitraria.

De nuevo, los razonamientos valorativos del Tribunal Superior son correctos. Como se ha señalado reiteradamente por esta Sala, la individualización de la pena o la aplicación de subtipos atenuados por su entidad se someten al ejercicio discrecional del órgano enjuiciador y solamente pueden ser revocados, o cuando se han ignorado las reglas de la determinación de la pena o cuando, palmariamente, se trate de una pena desproporcionada, individualizada conforme a criterios inadmisibles o cuando sea arbitraria (vid. *STS 434/2017, de 15 de junio*), lo que no ocurre en el presente caso.

### B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal), secc.1ª, nº 6/2018, de 6 de marzo**

**Es valida la pena impuesta al no concurrir agravantes ni atenuante y estar en la mitad inferior.**

Finaliza la defensa su recurso considerando que la pena es excesiva e indicando que se enteró de la sentencia por la prensa, cuestión esta última que podrá plantearse donde corresponda, pero que no podemos abordar aquí como motivo de apelación. Y por lo que hace a la pena impuesta, indicaremos que la misma está fijada de conformidad con lo dispuesto en el *art. 66 6ª el CP*, pues no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes y la impuesta (dos años de prisión y multa de seis meses) lo es en la mitad inferior de la prevista en el art. 311, que castiga los hechos con prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses

**2.STSJ de Madrid, secc.1ª, nº 84/2018, de 19 de junio**

**Un año de prisión es una pena proporcionada partiendo de que el porcentaje mínimo en empresas de más de cien trabajadores ha de ser del 25% y aquí es de un 32%**

La razón es bien simple: la cantidad de injusto, en este caso por referencia a la antijuridicidad, viene graduada por el alejamiento del hecho punible que se declara probado de la conducta que trasciende de la infracción administrativa para alcanzar el reproche penal: el **311.2.a) CP** castiga al que dé **ocupación** a quien carece de permiso de trabajo o sin dar de alta en la Seguridad Social en función del número de trabajadores afectados, que, para empresas con más de 100 empleados -como es BAPEZ, SL- ha de ser, al menos, del 25 %. En el caso presente se declara probado que las trabajadoras afectadas por la conducta criminal representan el 32 % de la plantilla: en este sentido, como tantas veces ha dicho la Sala Segunda en casos análogos al presente, imponer la pena mínima legal impediría computar con proporcionalidad la menor gravedad del delito correspondiente a la conducta penalmente tipificada, pero con menor cantidad de injusto, y máxime cuando la descripción típica permite objetivar -sin demérito de cualesquiera otros factores que puedan concurrir- el desvalor de la acción (así, *mutatis mutandis*, FJ 4º.2 STS 348/2017, de 17 de mayo, roj STS 1908/2017). Un año de prisión es, por lo expuesto, pena totalmente proporcionada a la conducta enjuiciada y sancionada.

**Para determinar el importe de la multa aplicable es válido el criterio de rentabilidad de la empresa atendiendo la entidad del local, su ubicación en Madrid y la declaración del IRPF del condenado.**

Cuestiona también el recurso la cuantía de la multa impuesta, que juzga desproporcionada y sustentada en un criterio no previsto por la Ley -" la alta rentabilidad de estas empresas "-, pero desconociendo que el acusado es una persona física, debiendo haberse atendido a la situación económica del reo - art. 50.5 CP -, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. No constando tales extremos, interesa se le imponga la cuota de 6 euros/día, acompañando como doc. núm. 2 la última declaración IRPF.

El Tribunal no puede compartir esta apreciación, y más a raíz de la documental aportada por la defensa. Para empezar, la propia Sala Segunda ha confirmado " como criterio plausible -para determinar la proporcionalidad de la multa impuesta tanto en su cuota como en su extensión- atender al tipo de actividad que explotaba el acusado " -así el precitado ATS 886/2017 , de 1 de junio , FJ 4º.C. La extensión de la multa está claramente en su mitad inferior, y no es irrazonable determinar la cuota en 25 euros/día, absolutamente moderada dentro de un recorrido que oscila entre los 2 y los 400 euros, no solo vista la entidad del local y su ubicación en Madrid ciudad, y la alta rentabilidad que en esta clase de empresas se obtiene, como destaca la propia Sentencia, sino atendiendo también a que el recurrente declara en su IRPF la percepción de 30.764,31 euros en el ejercicio 2016, sin carga familiar de ninguna clase.

#### Audiencia Provincial

#### **1.SAP de Burgos, secc.1ª nº 13/2018, de 4 de mayo**

**La pena (nueve meses de prisión) no excede en exceso del umbral mínimo por cuanto si bien el número de trabajadores sin dar de alta tiene cierta entidad respecto al total de la plantilla (12 de 16) se valora que la acusada carece de antecedentes, no ha sido sancionada y regularizó a los trabajos rápidamente con abono de las cotizaciones**

Tales penas, cercanas al umbral mínimo previsto para el tipo penal de referencia, se imponen en atención a que, si bien el número de trabajadores contratados de forma irregular tiene cierta relevancia respecto del total de la plantilla (11 de 16), la acusada carece de antecedentes penales, tampoco constan sanciones a la empresa Modern Puertas SL por hechos similares, distintos a los aquí enjuiciados, y se procedió, como se indicó, a una rápida regularización de la situación, con abono de las cotizaciones correspondientes salvo el pequeño importe que se reclama en el presente procedimiento (61'66 euros).

*Medida de inhabilitación*

**No se impone la medida de inhabilitación especial de la acusada para ejercer el cargo de administradora ya que esta es potestativa y si bien hay una conexión entre la condición de administradora de la acusada y el delito cometido, vistas las circunstancias anteriores, dicho delito no reviste excesiva gravedad.**

Las acusaciones solicitan igualmente que se imponga a la acusada la inhabilitación especial para ejercer el cargo de administrador de industria o comercio por tiempo de cuatro años. Como advierte la SAP de Vizcaya, Secc. 6ª, de 20 de marzo de 2017, se trata de una pena accesoria cuya imposición no es obligatoria, que exige una vinculación directa del cargo con el delito cometido, y que en todo caso debe regirse por el principio de proporcionalidad pues el art. 56 CP impone atender a la "gravedad del delito". Proyectadas tales consideraciones al caso de autos, no se considera adecuada la imposición de esta pena accesoria. Resultando evidente la relación entre el ejercicio del cargo de administrador de la sociedad y el delito cometido, el primer presupuesto quedaría colmado, pero no así el requisito de la proporcionalidad pues las circunstancias concurrentes en la acusada y en la empresa que regentaba en el momento de los hechos, a las que se ha hecho mención anteriormente, no arrojan una gravedad suficiente que aconseje la inhabilitación pretendida por el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Seguridad Social.

#### *Cierre del centro de trabajo*

**No procede el cierre del centro de trabajo ya que no se ha justificado su necesidad y no consta que haya actividad.**

Finalmente, las acusaciones interesan que se proceda al cierre del centro de trabajo sito en la carretera Cuenca-Albacete km 32, término de Las Valeras (Cuenca), por tiempo de cinco años, conforme a los artículos 129 y 318 CP.

La reciente SAP de Valencia, Sección 2ª, de 17/10/17, con un criterio que es compartido por este Tribunal, indica que se trata de una consecuencia accesoria cuya justificación y procedencia en el caso concreto tiene que ser oportunamente acreditada por quien la solicita. Y en el presente caso, más allá de la mera solicitud, no existe una justificación al respecto que pueda ser valorada y sopesada por esta Sala, además de no existir en el momento actual ningún tipo de actividad de la entidad Modern Puertas S.L en las instalaciones reseñadas, según se desprende del resultado infructuoso de las diligencias de notificación practicadas en relación con la citada empresa.

