



Roj: **SAP V 3565/2017 - ECLI: ES:APV:2017:3565**

Id Cendoj: **46250370052017100007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **20/12/2017**

Nº de Recurso: **95/2017**

Nº de Resolución: **668/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **LUIS FRANCISCO DE JORGE MESAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN QUINTA

VALENCIA

Avenida DEL SALER,14 2º

Tfno: 961929124

Fax: 961929424

NIG: 46244-43-1-2016-0000179

Procedimiento: Procedimiento Abreviado Nº 000095/2017-

Dimana del Procedimiento Abreviado Nº 000208/2016

Del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 3 DE TORRENT

SENTENCIA Nº 668/2017

Ilmos. Sres.:

Presidente

MARIA BEGOÑA SOLAZ ROLDAN

Magistrados

LUIS FRANCISCO DE **JORGE MESAS**

JESÚS LEONCIO ROJO OLALLA

En Valencia, a veinte de diciembre de dos mil diecisiete.

La Sección quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Ilmos. Sres. anotados al margen, ha visto la causa instruida con el numero 000208/2016 por el JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 3 DE TORRENTy seguida por delito contra los derechos de los trabajadores, contra Teodulfo , con D.N.I. NUM000 , vecino de ALDAIA , PLAZA000 , NUM001 NUM002 , nacido en VALENCIA, el NUM003 /69, hijo de Benito y de Herminia representado por la Procuradora MARIA JOSE LASALA COLOMER, y defendido por el Letrado ALFREDO GIMENEZ MORENO; siendo parte en las presentes diligencias el Ministerio Fiscal representado por Dª TERESA SOLER MORENO .

Ha sido ponente el Ilmo Magistrado LUIS FRANCISCO DE **JORGE MESAS**.

I. ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- En sesión que tuvo lugar el día 11 de diciembre de 2017 se celebró ante este Tribunal juicio oral y público en la causa instruida con el número 000208/2016 por el JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 3 DE TORRENT, practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes que habían sido admitidas.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas califico los hechos como constitutivos de:

A) un delito contra los derechos de los trabajadores del art 311 2º c) del C P .

B) un delito contra los derechos de los trabajadores del art 316 del C P por infracción del art 4.2 d) y 19,1 del Texto Refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995, el art 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de fecha 8 de noviembre de 1995, en relación con la falta de adopción de modalidad de organización preventiva con el art 30 apartados 1 y 5 y 31.1 de la ley 31/95 y los art. 10.1 , 11 y 16.1 del RD 39/97 de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Así como los artículos 16.2 , 19 y 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/95 de 8 de noviembre.

Según dicho escrito el acusado responde en concepto de autor, de conformidad con los arts. 27 y 28 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y procede imponer al acusado:

A) por el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en art. 311.2º c) del CP , la pena de 1 año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 9 meses con una cuota diaria de 12 euros con responsabilidad personal subsidiaria conforme el art. 53 del CP .

B) por el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en art. 316 del CP . la pena de 1 año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 9 meses con una cuota diaria de 12 euros con responsabilidad personal subsidiaria conforme el art. 53 del CP .

Pago de las costas procesales por mitad.

TERCERO.- La defensa del acusado en sus conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de su defendido por entender no había incurrido en delito alguno.

II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Teodulfo , mayor de edad, nacido en fecha NUM003 /69, sin antecedentes penales, siendo el gerente y administrador único de las mercantiles BARPOOL PISCINAS SL y JUAN P. BERMUDEZ ARGUISUELAS SL, con intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito y con consciente desprecio a las normas laborales, mantuvo de manera sistemática a los empleados de sus empresas trabajando para sí y bajo sus órdenes, sin darlos de alta en la seguridad social. Ambas empresas eran la misma y una sola en la realidad, sitas las dos en la calle Mariana Pineda n.º 33 de Alacuás, dentro del partido judicial de Torrent, dedicadas a la construcción de piscinas.

En junio de 2015 se encontraban prestando sus servicios por cuenta ajena en la empresa seis trabajadores, Segundo , Abelardo , Eliseo , Lázaro , Valentín y una persona conocida como Aquilino que no pudo ser plenamente identificada por los agentes de la Policía Nacional de la Brigada de Medio Ambiente, al darse a la fuga mientras se identificaba a los demás trabajadores. Ninguno de los seis trabajadores de la empresa tenía contrato de trabajo ni figuraba de alta en la Seguridad Social, si bien posteriormente a la actuación policial dos de ellos se dieron de alta como autónomos (Segundo y Eliseo -23/6/2015-) y otros tres fueron dados de alta como trabajadores por cuenta ajena (Abelardo , Lázaro y Valentín -18/6/2015-).

SEGUNDO.- Durante el año 2015 la empresa carecía absolutamente de organización preventiva: no se había designado ningún trabajador para ocuparse de dicha actividad ni se había concertado con un servicio de prevención ajeno, ni tan siquiera había sido asumida por el propio empresario; no se realizó evaluación de los riesgos laborales, ni planificación de las medidas preventivas, ni formación preventiva de los trabajadores respecto de los riesgos de su puesto de trabajo, ni vigilancia de la salud. La Inspección de Trabajo constató numerosas deficiencias materiales en la empresa: atillo sin protección perimetral contra riesgo de caída en altura, cuyas dimensiones no constan, suelo formado por palets, cable eléctrico deteriorado, extintores sin señalizar y obstaculizados, falta de ventilación suficiente, falta de cabina de pintura, productos químicos almacenados en espacios y envases no reglamentarios, cajas de conexiones eléctricas al descubierto, cuadros eléctricos sin señalizar y compresor de aire sin legalizar.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- El Ministerio Fiscal formuló acusación contra Teodulfo por dos delitos contra los derechos de los trabajadores. El primero de los delitos atribuidos es el previsto en el artículo 311-2º del Código Penal. Como la doctrina pone de manifiesto (MESTRE DELGADO), se trata en este caso de un delito especial ya que el tipo requiere de la existencia de un sujeto activo en el que ha de concurrir la cualidad de empresario que de "ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores". La específica cualidad de empresario del sujeto activo supone a su vez que el sujeto pasivo ha de tener la cualidad de trabajador, existiendo entre ambos una relación jurídica de carácter laboral y no otra civil o mercantil. Si faltase esta relación entre ambos, entonces el sujeto activo no actuaría en la condición de empresario en términos del Derecho laboral requerida por el tipo penal. La específica definición de los sujetos activo y pasivo obliga al tribunal penal a asumir la poco frecuente tarea de interpretar y aplicar las normas del Derecho laboral a los efectos internos del proceso penal, máxime cuando la conducta típica consiste en omitir el alta en la Seguridad Social de la totalidad de los trabajadores y cuando el acusado ha declarado en juicio que su empresa tenía solo dos o tres trabajadores y el resto eran autónomos que prestaban servicios temporalmente sin relación laboral. Resulta así que un concepto jurídico (la existencia o no de relación laboral y de la condición de empleador y trabajador) queda elevado a la categoría de hecho por ser un elemento del tipo. Pero para apreciar la concurrencia de dicho elemento han de aplicarse en el proceso penal normas jurídicas propias del Derecho laboral, siendo esto una tarea que ha de asumir el Tribunal sentenciador, sin dar nada por sentado ni asumir que el concepto de trabajador sea algo evidente o simplemente se asuma como que la relación es laboral por parte de la Inspección de Trabajo, sin mas análisis de la situación concurrente.

La interpretación y aplicación de las normas del Derecho laboral por este Tribunal se ampara en lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determina que a "los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente", lo que concuerda con la previsión del artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- El concepto de trabajador, y por tanto de relación laboral hay que buscarlo en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores que sitúa como elemento central y definitorio de la relación laboral la prestación de "servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona", llamada empleador o empresario. Este artículo ha sido desarrollado y completado por la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, precisando los conceptos de ajenidad y dependencia, especialmente en lo relativo a la definición del trabajo por cuenta ajena y la inclusión en la relación laboral de los falsos autónomos. La jurisprudencia atribuye la condición de trabajador dependiente por cuenta ajena en función de las características del trabajo y de las condiciones de su desempeño. Así pueden citarse las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que concretan la nota de la dependencia en el desempeño personal del trabajo (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1.989) o la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador (SSTS 8 de octubre de 1.992 y 22 de abril de 1.996). Por lo que respecta a la ajenidad, esta viene determinada por la puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados (STS 31 de marzo de 1.997), la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, (STS 11 de abril de 1.990 y 29 de diciembre de 1.999), entre otras muchas.

En el presente caso, el acusado declaró en el atestado y también en el juicio que era el administrador de una pequeña empresa en la que él era autónomo y contrataba trabajadores autónomos, "en función de la demanda" ya que en determinadas épocas del año la empresa tenía mucha actividad y muy poca en otras, dado que se dedicaba a la construcción, instalación y reparación de piscinas prefabricadas que de estas declaraciones se desprende que la razón de la existencia de los supuestos autónomos no era la necesidad de trabajos puntuales y específicos propios de ciertos profesionales para tareas determinadas, sino el hecho de la acumulación de trabajo. Se desprende de ello que los supuestos autónomos eran en realidad trabajadores contratados para llevar a cabo las tareas ordinarias y generales propias de la empresa, bajo la dirección y jefatura del acusado Sr Teodulfo, lo que coincide con la descripción de sus tareas que hicieron los identificados por la Policía como trabajadores, tanto en sus declaraciones en el atestado como en el juicio. Todos ellos reconocieron en juicio estar realizando tareas ordinarias propias de la fabricación e instalación de las piscinas. De las declaraciones del acusado y de los testigos se desprende que la alegación de que en junio de 2015 no había en la empresa trabajadores sino empresarios autónomos no puede ser aceptada y que la realidad era que el acusado contrataba trabajadores a los que no daba de alta en la Seguridad Social. En consecuencia ha de tenerse por probada la condición de empresario empleador del acusado y la condición de trabajadores suyos por cuenta ajena de quienes prestaban sus servicios en la empresa, lo que da cumplimiento a los requisitos de sujeto activo y sujeto pasivo del tipo del artículo 311-2º del Código Penal.

TERCERO.- Determinada la concurrencia de los anteriores elementos del tipo, queda por analizar si la conducta realizada coincide con la conducta típica prevista en el citado artículo del Código Penal. La acción consiste en "dar ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de



la Seguridad Social que corresponda", pero conforme a lo dispuesto en la letra c de dicho artículo y número, tratándose de una pequeña empresa, esta conducta solo es típica si el número de trabajadores es superior a cinco (al menos seis) y menor de diez, y se ha omitido el alta de todos los trabajadores. Resulta esencial, por lo tanto, determinar el número de trabajadores que existían en la empresa en junio de 2015. Consta probado que en ese mes el número de trabajadores era de seis. Así se desprende en primer lugar de las diligencias policiales cerradas a 17 de junio de 2015. De las declaraciones en juicio de los testigos trabajadores y de sus propias declaraciones en el atestado, ratificado en juicio e introducido como prueba documental por el Ministerio Fiscal, se desprende la existencia de seis trabajadores prestando sus servicios simultáneamente en ese tiempo. Así Lázaro declaró estar trabajando desde el 15 de junio (fol 13), la misma fecha que admitió Valentín como inicio de su trabajo (fol 14). Segundo admitió en el atestado estar trabajando desde principios del mes de junio (fol 15) y declaró que otra persona de nombre Aquilino, que se dio a la fuga cuando los agentes trataban de identificarlo, también estaba trabajando en la empresa el día 16 de junio. De los folios 2 y 17 de las actuaciones se desprende con claridad meridiana que Abelardo se encontraba ya trabajando en la empresa el día 15 de junio de 2015 y lo hacía desde varios días antes. De los folios 2 y 17 se desprende que Eliseo ya estaba trabajando el día 15 de junio y que el fugado desconocido llamado Aquilino también estuvo trabajando, al menos el día 15 de junio. Pese a las dudas de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía sobre el cómputo de las personas que estaban trabajando en la empresa entre los días 15 y 17 de junio de 2015, las declaraciones obrantes en los folios citados no dejan lugar a dudas sobre la existencia de seis trabajadores simultáneamente. Ni siquiera las alegaciones de que acababan de empezar y solo estaban familiarizándose con el trabajo de la empresa es suficiente para destruir la relevancia penal del hecho probado de la existencia de seis trabajadores simultáneamente: la sentencia de a Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000, apreció la existencia de un delito contra los derechos de los trabajadores aunque la relación laboral fuese incipiente.

CUARTO.- El tipo subjetivo contenido en el artículo 311-2º del Código Penal ha de entenderse que requiere el dolo, cosa que concurre en este caso. La conciencia y voluntad del empresario de emplear trabajadores sin darlos de alta en la Seguridad Social se desprende de varios indicios que apreciados en conjunto constituyen prueba de ello, a pesar de la alegación del acusado de que creía que estaba haciendo lo correcto porque "su gestora" no le advirtió de la irregularidad de las contrataciones. En primer lugar, el acusado no era un neófito en la actividad empresarial de la construcción de piscinas, ya que en el atestado reconoció que se dedicaba a ello desde 2006 o 2007. Por otra parte el mero hecho de reconocer que contaba con el asesoramiento de profesionales hace presumir que si hubiese hecho la pregunta adecuada hubiese obtenido la respuesta correcta, siendo impensable que un empresario que lleva en su actividad al menos nueve años, no se haya asesorado acerca de qué peculiares condiciones excepcionales han de concurrir para que se pueda contratar con contrato civil o mercantil a una persona sin que quede sujeto a las reglas propias del Derecho laboral, siendo la aplicación del Derecho laboral la regla general que cualquier ciudadano medio conoce por experiencia. Por otra parte llama poderosamente la atención el hecho de que tras la primera visita a la empresa del 15 de junio de 2015, los agentes de la Policía Nacional llevasen a cabo una segunda visita el día 16 de junio en la que observaron la presencia de tres trabajadores con ropa de trabajo que ostentaba el logo de la empresa BARPOOL y que los tres trabajadores intentaran huir del lugar al darse cuenta de la presencia de los funcionarios policiales. No puede aceptarse como algo casual el hecho de que los tres intentasen huir, de hecho uno de ellos lo consiguió (el llamado Aquilino). Cabe racionalmente suponer que el intento de ocultación obedecía a instrucciones del empresario, más aún cuando el propio empresario negó ante los agentes la evidencia de la presencia del tercer trabajador huido, afirmando rotundamente no saber quién era. No puede aceptarse tampoco como una casualidad el hecho de que ese trabajador "desaparecido", pero visto por los agentes y confirmado por las declaraciones antes referidas sea justamente el que hace el número seis de los que prestaban sus servicios para la empresa entre los días 16 y 17 de junio de 2015. Este es otro indicio más de que el acusado conocía la ilicitud de la falta de alta de los trabajadores, e incluso el número de los que constituían delito, si bien no es necesario que el dolo abarque el conocimiento detallado del número de los trabajadores que separan la infracción administrativa de la infracción penal. Basta con la conciencia y voluntad de omitir el alta en la Seguridad Social de los trabajadores de la empresa, entendiendo esta Sala probada dichos elementos subjetivos por las razones que se acaban de exponer.

QUINTO.- El segundo delito del que se acusa a Teodulfo en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal es el de omisión de las normas de seguridad e higiene en el trabajo previsto en el artículo 316 del Código Penal. Del informe de la Inspección de trabajo se desprende la existencia de una serie de irregularidades en la empresa que constituyen claramente una infracción de las normas de higiene y seguridad en el trabajo que se citan en el propio informe. Dicho informe fue ratificado en juicio por la Inspectora de Trabajo y sin duda constituye prueba suficiente de la infracción de la "infracción de las normas de prevención de riesgos laborales" contemplada en el artículo 316 del Código Penal. Pero no hay que olvidar que este no es el único elemento requerido para tener por cumplida la conducta típica prevista en el artículo citado. El mismo precepto penal introduce otro



elemento que ha de concurrir simultáneamente a la infracción de las normas de prevención de riesgos, al exigir que la infracción de las normas de seguridad o la omisión de los medios de protección de la salud de los trabajadores "pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física". Es decir, no basta con la infracción de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo sino que esa infracción produzcan el efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores (sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo de 26 septiembre de 2001), o su salud y que ese peligro ha de ser grave y no de cualquier otra naturaleza o de entidad menor. Es necesario que además de la infracción de las normas se produzca "una suerte de relación de causalidad entre la falta de medios y el peligro grave para la vida, salud e integridad física" (sentencia del TS de 26 de julio de 2000). La doctrina incluso

Es por ello que la doctrina lo identifica, como un delito de peligro (MUÑOZ CONDE) y no de mera infracción normativa, llegando incluso a entenderlo como un delito de peligro concreto y no de peligro abstracto (MESTRE DELGADO). Es desde esta perspectiva desde la que han de examinarse los hechos enjuiciados por esta Sección Quinta.

En el presente procedimiento ha quedado acreditada la inexistencia de una evaluación y un plan de prevención de riesgos laborales ni de formación suficiente de los trabajadores en esta materia, pero aunque puede afirmarse que su salud no ha estado suficientemente protegida, de ello no puede desprenderse que haya resultado un grave peligro para la salud o integridad física. Solo puede afirmarse que se ha incumplido la normativa aplicable en la materia.

También ha quedado acreditada la existencia de un altillo sin protección perimetral contra riesgo de caída, pero ni en el atestado ni en los informes de la Inspección de Trabajo se describe su altura ni el uso al que se destinaba y las condiciones en las que se utilizaba, elementos necesarios para poder establecer su relevancia como factor de riesgo leve, moderado o grave. Es más, la propia Inspección de Trabajo, en la visita de Inspección de 22 de diciembre de 2015 prohibió temporalmente el uso del altillo "hasta que se evalúe el riesgo y se tomen las medidas pertinentes", luego ni siquiera era obvio que el altillo supusiera un peligro grave.

La falta de ventilación y de cabina aislada de pintura no han venido acompañadas de una medición de los niveles de concentración de gases tóxicos o explosivos, o de un informe técnico sobre su grado de toxicidad, lo cual hubiera podido determinar el grado de peligrosidad para la salud y para la integridad física y si se habían rebasado o no los umbrales de peligro. Lo mismo puede decirse de los defectos observados en la instalación eléctrica: la falta de un informe técnico de un ingeniero eléctrico o perito de cualificación suficiente impide saber el grado de peligro generado por la deficiente instalación eléctrica. Es más, ni siquiera se describe en qué consiste el deterioro del cable. Por otra parte tampoco se ordenó por la Inspección de Trabajo ni por otra Administración competente la clausura de las instalaciones, lo que indica que las deficiencias no fueron consideradas generadoras de un peligro concreto e inminente. El resto de los defectos recogidos en el informe de la Inspección de Trabajo no dejan de ser meras deficiencias técnicas o incumplimientos de la normativa vigente. Ante esta situación ha de entenderse que no se ha practicado prueba de cargo suficiente para entender cumplido el grave peligro requerido por el artículo 316 del código Penal , por lo que procede la absolución del acusado por este delito.

SEXTO.- Por las razones expuestas en los fundamentos de Derecho primero a cuarto, procede condenar a Teodulfo como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311-2º letra c del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de nueve meses con una cuota diaria de 12 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago, de un día por cada dos cuotas diarias impagadas y al pago de las costas.

FALLAMOS

Condenamos a Teodulfo como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311-2º letra c del Código Penal , a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de nueve meses con una cuota diaria de 12 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago, de un día por cada dos cuotas diarias impagadas y al pago de las costas.

Absolvemos al mismo del delito contra la seguridad e higiene en el trabajo del artículo 316 del código Penal del que había sido acusado.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación.



Así, por ésta nuestra Sentencia, de la que se llevara certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ