PROTECCION PENAL
DE LOS
DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

JORNADAS ORGANIZADAS POR
JUECES PARA LA DEMOCRACIA

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1985

PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CURSOS Y CONGRESOS N.º 41

PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Jornadas organizadas por

JUECES PARA LA DEMOCRACIA

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1985

© *Universidad de Santiago de Compostela*

IMPRESION: IMPRENTA UNIVERSITARIA
Campus Universitario
Pabellón de Servicios

EDITA: SERVICIO DE PUBLICACIONES
DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA
Campus Universitario

Depósito Legal: C-38-1986
ISBN: 84-7191-381-X

Jornadas sobre Protección Penal de los Derechos de los Trabajadores

Organizadas por

Jueces para la Democracia

en colaboración con la

Facultad de Derecho
de la Universidad de Santiago

y el Patrocinio de los

Ilustres Colegios de Abogados
de la región

Y la Xunta de Galicia

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

Monólogo do vello traballador

Agora tomo o sol. Pero até agora traballéi cincoenta anos sin sosego. Comín o pan suando día a día nun labourar arreo.

Gastéi o tempo co xornal dos sábados, pasóu a primavera, veu o inverno.

Dinlle ao patrón a frol do meu esforzo i a miña mocedade. Nada teño. O patrón está rico á miña conta, eu, á súa, estóu vello.

Ben pensado o patrón todo mo debe. Eu non lle debo nin xiquera iste sol que agora tomo.

Mentras o tomo, espero.

Celso Emilio Ferreiro

JUECES PARA LA DEMOCRACIA proclamó, desde el momento mismo de su constitución, el empeño en *"una interpretación de la legalidad vigente capaz de dar cabida dentro de ella a las justas demandas de amplios sectores sociales, que raramente han tenido la oportunidad de reconocerse en la institución judicial"*. Se trata de responder a la convocatoria constitucional para promover la efectividad de los derechos de libertad e igualdad de los individuos y los grupos, (art. 9-2.º) e informar la práctica jurisdiccional en los principios constitucionales de política social y económica, entre los que se incluye velar por la seguridad e higiene en el trabajo y la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores (art. 53). Un elemental designio de eficiencia y el siempre resuelto propósito de intercambiar reflexiones con todos los operadores jurídicos y agentes sociales –técnicos o no del Derecho–, y sugirió la oportunidad de celebrar unas jornadas, de las que en este tríptico se ofrece al lector su fértil resultado. El rigor técnico del profesor universitario, el parecer de los representantes de la Administración aportado de los inspectores de trabajo, la inquietud de los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, operadores en los órdenes tanto laboral como penal, y la desgarrada voz de airada protesta de quienes trabajan como juristas en la defensa de los intereses de los trabajadores, se dieron cita en el marco siempre fecundo de la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela. Relevante fué también la abundante asistencia de juristas, cuya presencia, liberada de estériles pasividades, fué permanente ocasión para la participación activa y enriquecedora. A destacar el testimonio aportado por el colectivo de ABOGADOS JOVENES que no solo supieron transmitir los datos de una realidad de permanente agravio, sino que contribuyeron a hacer posible una re-

flexión más atinada por más informada. De lamentar la imposibilidad de constatar en estas páginas aquellas valiosas aportaciones.

Arroyo Zapatero había ya detectado una tendencia de incremento progresivo en la protección penal de los intereses y derechos de los trabajadores, no solo en nuestro país, sino también en el Derecho comparado de los países del entorno cultural europeo, en la que aquella protección se concibe como *"necesaria en la realidad criminológica de la vida laboral, no resultando suficientes los sistemas prepenales de control social y jurídico, como son las normas y justicia laborales y la autotutela que proporciona la acción sindical, insuficiencia que se ve incrementada en períodos de crisis económica"*(1). La frecuencia criminológica, en amenazante aumento, de esas conductas recien ingresadas en el catálogo de las penalmente prohibidas, unida, en provocador contraste, a lo insólito de su censura en sede jurisdiccional, no menos que la lenidad de ésta, eran ocasión, más que suficiente, para convocatoria y concurso tan nutridos.

Imperativos de tiempo y organizativos aconsejaron agrupar en tres bloques la diversidad de manifestaciones de ataques a los derechos de los trabajadores: la seguridad e higiene en el ámbito geográfico de la prestación laboral como garantes de la vida e integridad física de los trabajadores, sus intereses socioeconómicos junto con los sindicales y, en examen mucho más concreto de la específica figura de la apropiación de las cuotas de cotización a la seguridad social.

Por lo que se refiere a LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO resulta estremecedor el dato estadístico: En España en 1984 cada día, por cada uno de sus días, perdieron la vida en accidente laboral tres trabajadores y se produjeron 28 accidentes graves. En ese contexto, la carencia de todo protagonismo del art. 348 bis a) en las estadísticas judiciales, hace difícilmente refutable su etiquetamiento como precepto "ad exhibendum", que aporta uno de los ponentes, y tan sospechable como inquietante su ordenación más a la finalidad de disuadir a las futuras víctimas de toda dinámica social reivindicativa, que a los autores de esas acciones u omisiones de su contumacia en el desprecio de la seguridad de aquellas. Aún reconociendo que la prevención del daño, que el legislador confiesa haberse propuesto al motivar la reforma, no se logra solo con la literatura del B.O. del E., parece oportuno utilizar la eventual potencialidad transformadora de normas que, como la citada, pueden tener de la realidad en que se encuentra el trabajador. Exige esa tarea superar interpretaciones reduccionistas, tan previsibles en lo jurisdiccional, aportando las claves progresistas que aporten al precepto la deseable eficiencia político-criminal: la consideración de la seguridad en el trabajo como bien jurídico protegido, la ampliación del concepto "condiciones" para que la actividad laboral sea con la seguridad e higiene exigibles, o la refutación de hipotéticas causas

(1) "Los delitos contra los derechos de los trabajadores". Revista Española del derecho de trabajo.

de justificación, como el incumplimiento por el trabajador de normas de seguridad, son algunas de las indicadas por los ponentes.

En la segunda parte de las jornadas no estuvo tampoco ausente la denuncia ostensibles distanciamientos entre la realidad criminológica y las estadísticas de producción judicial, que llevaron a calificar el DELITO DE APROPIACIÓN DE CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL de "delito invisible", ni faltó el análisis político y sindical, seguido de propuestas de medidas concretas, que merecen atenta consideración: eficacia en la inspección, incremento de las competencias de los representantes de los trabajadores en el cumplimiento de las obligaciones sociales de las empresas etc. Por lo que se refiere al delito de apropiación de cuotas no fue pacífica la vigencia de su punición con el vestuario de la apropiación indebida, pero sí fue unánime la reclamación de su específica tipificación en inmediatas reformas legislativas.

En la última parte, al examinar LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS SOCIOECONÓMICOS Y SINDICALES DE LOS TRABAJADORES han concurrido la exégesis dogmática del art. 499 bis del C.P. y las advertencias sobre la escasa eficacia del precepto para castigar conductas lesivas para el trabajador. Así, no solo se advierte que es otro el marco constitucional y el bloque de Derecho Social sustantivo al que se remite el precepto, respecto del vigente al tiempo de su promulgación sino que se descubre como éste introduce soluciones legitimadoras de conductas que, en otro caso, serían punibles: supuestos de declaración de improcedencia del despido, en que se admite al empresario, sin excesos calificadores, verdadera expropiación del puesto de trabajo por causa de interés particular, evitando la readmisión con una indemnización; progresiva restricción –en su regulación y en su interpretación– de las hipótesis de criminalización de cesiones de manos de obra; la perversión de la categoría civilística de la simulación por los laboralistas, confundiéndola con operaciones de finalidad defraudatoria y que aleja la posibilidad de su tratamiento en sede penal. Se recomienda una extensión del concepto estabilidad al de continuidad en el empleo como recurso garantizador de eficacia represiva del precepto. O se refuta una regulación desnaturalizadora del concepto de crisis, advirtiendo de la extensión de esa noción más allá de los supuestos de su declaración formal. O, en fin, se advierte de la improcedencia del tópico de remisión al ámbito de las responsabilidades civiles de las contraídas por culpa in vigilando de los administradores o encargados de las personas jurídicas.

Se completa el examen de la protección penal de los derechos de los trabajadores con el análisis de su status participativo-sindical *en* y *ante* la empresa, concebido como un verdadero "contrapoder" legal frente al poder de la empresa, constituido por una serie de derechos y facultades cuya transgresión transciende de mero ataque individual para afectar a la garantía, sino única, sí máxima de respeto de la condición y situación como tales de los trabajadores. La protección penal se refleja entonces

en tipos concretos (arts. 172 y 177 bis) o se dispensa en los mismos términos en que se hace específico laboral (derechos de reunión o expresión).

Al final de las jornadas, quizás también de la lectura de ésta su parcial constatación, es difícil evitar una sensación de fiasco, subsiguiente a la comprobación de que los "avances" en los textos punitivos adolecían de lo que Jean Cruet denominara *"impotencia de las leyes"*(1) en el sentido más peyorativo del diagnóstico. La alarma es tanto más acuciante cuanto que cabe hablar, con Carbonnier (2) de una doble inefectividad: la de la regla de prohibición –no se han evitado las conductas penalizadas– y la de sanción –las cometidas permanecen impunes–. Sin embargo, con este autor creemos que esa ausencia de efectividad no priva a los textos punitivos de su valor sociológico de regla de Derecho, y ello por su mera *aplicabilidad*, y consiguiente utilidad para generar *"un clima de inseguridad jurídica, de responsabilidad, de mala conciencia, que se opone a violaciones más amplias"*.

Ciertamente esa virtualidad se encuentra seriamente minorada por la alianza quizas nada casual de una serie de factores: La inhibición del aparato administrativo de detección, policial, mucho más sensibilizado y acuciado para la persecución de otras conductas, cuya dañosidad social no es especialmente relevante entre los más amplios sectores sociales y menos privilegiados, y no policial –inspectores de trabajo– en quienes ni siquiera está muy extendida la idea de llevar sus "logros" a sedes jurisdiccionales. La labor reduccionista que Magistratura y Ministerio Fiscal llevan a cabo, so pretexto de una enarbolada neutralidad ideológica que reduce el conflicto a dimensiones meramente individuales –con preterición de referencias al marco económico y social subyacente– y la respuesta a una cuestión de mera técnica interpretativa orientada al hallazgo de los datos jurídicos relevantes, poco proclive a indagar, por el contrario, en la norma *"los criterios de valoración y de juicio fácticamente relevantes, es decir los más adecuados al hecho considerado en cada momento tomado en su integridad concreta"*(3). La escasa proclividad a recurrir al orden jurisdiccional penal en los operadores jurídicos y en concreto los que asumen habitualmente la defensa de los trabajadores, producto, a su vez, de factores que sería interesante indagar y entre los que quizás puedan señalarse la poca credibilidad de aquellas instáncias jurisdiccionales, pero también el manejo de las categorías conceptuales y de los cauces procesales del orden penal. Cabría, en fin, enumerar también la neutralización de la dinámica social reivindicativa que, en lo psicológico, puede lograr la mera proclamación de esas conquistas normativas.

Ciertamente se requieren nada escasas transformaciones en el aparato institucional –desburocratización y responsabilización social de la organización judicial, reconducción del Ministerio Fiscal a un estatuto que garantice su exclusividad fun-

(1)La vie du droit et l'impuissance des lois 1908. Citado en "Derecho Flexible" de Jean Carbonnier.
(2) Ibidem.
(3) Magistratura Democrática y el ejercicio alternativo de la función Judicial. Luigi Ferrajoli, en "Política y Justicia en el Estado Capitalista". Editado por Fontenla S.A. Edición a cargo de Perfecto Andrés Ibañez.

cional a los objetivos que le marca la Constitución, instauración de una policía judicial que merezca tal nombre etc.– para favorcer la real vigencia de los logros ya obtenidos en lo normativo; pero no se consolidarán éstos si no se profundiza en la reflexión colectiva de todos los implicados capaz de generar una sensibilidad de todos, incompatible con la obscenidad que supone la contradicción entre una ostentosa oferta de defensa de los intereses de los trabajadores en el marco legal y una realidad institucional y social en tozuda e interesada divergencia. A ello pretendió contribuir la celebración de las jornadas primero, y la publicación de este libro ahora. Entre tanto son muchos los que, como el viejo trabajador de Celso Emilio, esperan.

LUCIANO VARELA CASTRO
Del Secretariado de JUECES PARA LA DEMOCRACIA

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

1.ª PARTE

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO

Luis ARROYO ZAPATERO
Profesor Titular de Derecho penal.
Universidad Complutense.

Delitos contra la seguridad en el trabajo

Art. 348 bis a). Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas.

I. INTRODUCCION*

Dentro del capítulo dedicado a los "delitos de riesgo en general" la reforma de 1983 ha introducido una nueva sección, 3.ª, intitulada "delitos contra la seguridad en el trabajo" incriminados en un sólo artículo, el 348 bis a. La Exposición de Motivos justifica la novedad legislativa en los siguientes términos:

"Sin perjuicio de la subsistencia del actual artículo 499 bis, la protección penal del trabajo venía planteando la necesidad de introducir un delito de peligro que, de una parte, no exija el grado de intencionalidad en la conducta que se deriva de aquel precepto, y, de otra, acentúe la obligación de prevenir el daño. A tal fin se introduce un tipo de estructura claramente omisiva, el nuevo artículo 348 bis a), en el que puede subsumirse la conducta del responsable de una actividad laboral que permita el incumplimiento de las medidas de seguridad, dando lugar a situaciones de concreto peligro".

Al margen de la poco afortunada referencia al art. 499 bis, destinado a la tutela de intereses jurídicos de los trabajadores bien distintos, a pesar de su rúbrica (1), la Exposición de Motivos, sin duda por no haberse modificado al paso de los cambios de redacción experimentados en la tramitación parlamentaria, tampoco se corresponde con la formulación definitivamente conferida al precepto, pues si en el proyecto se trataba efectivamente de un "tipo de estructura claramente omisiva", el texto vigente admite también la comisión activa, como se

---

1. Vid. ARROYO ZAPATERO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del art. 499 bis C.P.)* en "Revista española de Derecho del Trabajo", n.º 15 (1983) p. 357.

Para la literatura anterior a 1981 ver ARROYO ZAPATERO, *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* Madrid, 1981. Con posterioridad a esa fecha: vid. ALONSO OLEA, *El deber de seguridad en el trabajo en la Jurisprudencia,* en "Rev. Esp. Derecho del Trabajo", n.º 5 (1981), p. 95 y ss. El mismo, *Derecho del Trabajo,* 8.ª ed. revisada, Madrid 1983; FERNANDEZ MARCOS, *La seguridad e higiene en el trabajo ante la reforma del Código penal,* en Rev. Política Social, 140 (1983) p. 7 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial,* 5.ª Ed., Sevilla 1983; RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte Especial,* Madrid 1983; NUVOLONE, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro,* en "Il diritto penale degli anni settanta" (Studi). Padua 1982, p. 332 y ss.; SCHUTZBACH, *Die strafrechtliche Verantwortung für Betriebsunfälle,* Berlín 1983.

verá más adelante. El delito consiste ahora materialmente en la puesta en peligro de la vida e integridad de los trabajadores (peligro que se crea, se incrementa o no se evita) por infracción de las normas de seguridad en el trabajo por parte de quienes están obligados a su cumplimiento.

El nuevo precepto no carece de precedentes en nuestro Derecho, entre los cuales se encuentran el artículo 578 del Código penal de 1928, el frustrado texto del artículo 427 proyectado en la Ley de Bases de Reforma del Código de 1961 (2) y el Proyecto de 1980. Este último se había decidido, no obstante, por el sistema de incrementar la pena del homicidio y lesiones imprudentes "cuando fueren causadas por infracción grave o reiterada de las normas de higiene y seguridad en el trabajo" (3). Con acierto la reforma de 1983 se ha orientado por el sistema de incriminar la puesta en peligro, lo que, además de proporcionar una mayor eficacia preventiva, se acomoda a la actual tendencia del Derecho comparado de proteger penalmente de modo específico la seguridad en el trabajo (4).

II. LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO COMO BIEN JURIDICO

La rúbrica de la Sección manifiesta que el bien jurídico protegido es la seguridad en el trabajo. Se trata éste de un bien jurídico consagrado por la Constitución (artículo 40.2) (5) y el Estatuto de los Trabajadores (artículos 4.2.d y 19) y protegido a través del Derecho administrativo-laboral, singularmente en la Ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo de 1971, tutela a la que se suma ahora el Derecho penal.

El concepto y contenido de la seguridad en el trabajo ha experimentado históricamente una evolución relevante desde el punto de vista penal, y se entiende por tal en la actualidad la *ausencia de riesgos para la vida y la salud* del trabajador dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo. Se configura, por tanto, como un interés u objeto diferente y autónomo respecto de la vida y la salud del trabajador, tal y como había aparecido en un primer período de su acogida por el ordenamiento jurídico (6).

El matiz es relevante en Derecho penal, pues permite captar que no nos encontramos ante un mero adelanto de las barreras de protección de la vida y la salud, sino en la consagración de un objeto de protección distinto y ante un interés de titularidad diferente a la individualidad. Las consecuencias de esta autonomía se manifiestan básicamente en la irrelevancia del consentimiento en el riesgo por parte del trabajador y en la configuración del concurso de delitos.

La seguridad en el trabajo aparece normativamente como derecho del trabajador y como deber del empresario, pero es esta última categoría la que interesa en una perspectiva sancionadora de Derecho público. En efecto, más allá de sú dimensión contractual entre empresario y trabajador, la seguridad en el trabajo aparece como deber imputado al empresario por normas de Derecho público, de carácter indisponible, lo que se corresponde precisamente con su fundamento material: el empresario, con la apertura de la empresa crea el riesgo para los trabajadores y es titular de un poder fáctico y jurídico de disposición sobre los procesos y organización de la empresa y sobre las personas que en ella participan,

---

2. Vid. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo,* cit. p. 234 y 244.
3. Vid. art. 178, Proyecto 1980.
4. Vid. una amplia referencia en ob. cit. en nota 2, p. 65-94.
5. Vid. GONZALEZ MARCOS, ob. cit., p. 7 y 10, obra citada en nota 2, p. 45 y ss.

trabajando bajo su dirección y dependencia. Sobre esta base material y precisamente por causa de ella la seguridad en el trabajo ha sido asumida como interés por el legislador e imputada al empresario como contenido de un deber jurídico (7).

La seguridad en el trabajo, como bien jurídico y como contenido de un deber impuesto al empresario por el ordenamiento aparecen estrechamente ligados entre sí, y por ello, el delito contra la seguridad en el trabajo se configura como un delito consistente en el incumplimiento del deber de seguridad.

III. EL SUJETO ACTIVO

El artículo 348 bis a) hace referencia expresa a *"los legalmente obligados"* a exigir y facilitar los medios y a procurar las condiciones de seguridad en el trabajo que el ordenamiento establece. Se trata, pues, de un delito propio, cuyo sujeto activo coincide con el círculo de sujetos a los que se imputa el deber de seguridad en el trabajo. De los artículos 4.2 y 19 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 7, 1 y 2 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene (8) se deriva que los legalmente obligados son el empresario y todas aquellas otras personas que por delegación de éste asumen en el esquema organizativo de la empresa facultades de mando sobre otros trabajadores y facultad de resolución en la concreta esfera funcional que tienen a su cargo. Para designar a esta categoría de personas distintas del empresario la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recurrido al término "encargado", en el que cabe "la alta dirección", la media y la del simple sector de la ejecución o capataz, es decir, la de cualquier persona a la que se confía la realización de una cosa con mando sobre otros y con función general de vigilancia y cuidado" (9). Por todo ello podemos concluir que los "legalmente obligados", los sujetos activos típicos del delito contra la seguridad en el trabajo son *el empresario y sus encargados.*

La determinación de quienes sean en concreto las personas a las que como encargados se imputa el deber de seguridad no se rige por criterios formales (denominación del cargo en la norma legal o estatutaria) sino fácticos, atendiendo a quienes de hecho son los encargados, es decir, los que *efectivamente* asumen y ejercen el poder de dirección empresarial (10). El último y más definitivo criterio

---

7. Vid. al respecto ALONSO OLEA, *El deber de seguridad en el trabajo en la Jurisprudencia,* cit.

8. Art. 7: "Son obligaciones generales del empresario:

1. Cumplir las dispociciones de esta ordenanza y cuantas en materia de Seguridad e Higiene del Trabajo fueran de pertinente aplicación en los centros o lugares de trabajo de la Empresa por razón de las actividades laborales que en ella se realicen.

2. Adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la Empresa".

Por su parte, el art. 10 dispone que: "El personal Directivo, Técnico y los Mandos Intermedios en la Empresa tendrán, *dentro de sus respectivas competencias,* las siguientes obligaciones y derechos:

1. Cumplir personalmente y hacer cumplir al personal a sus órdenes, lo dispuesto en esta Ordenanza y en el Anexo o Anexos de pertinente aplicación, así como las normas, instrucciones y cuanto específicamente estuviere establecido en la Empresa sobre Seguridad e Higiene del Trabajo...

3. Prohibir o paralizar, en su caso, los trabajos en que se advierta peligro inminente de accidentes o de otros siniestros profesionales, cuando no sea posible el empleo de los medios adecuados para evitarlos...".

Por último, el art. 154 establece, que "la responsabilidad de los empresarios por infracciones en materia de seguridad e higiene no excluirá la de las personas que trabajen a su servicio en funciones directivas, técnicas, ejecutivas o subalternas, siempre que a cualquiera de ellas pueda serle imputada, por acción u omisión, la infracción cometida".

9. Vid. S.T.S. 17-V-79, 21-III, 10-V y 13VI de 1980, 12-V-1981; ALONSO OLEA, *El deber de seguridad...* cit., p. 99; ARROYO ZAPATERO, *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* cit., p. 167-172.

10. T.S. 17-V-79, Ar. 2086, y las citadas en la nota anterior.

para comprobar la concurrencia de la condición de encargado es el de la constatación de si el sujeto tiene o no la facultad de adoptar por su cuenta autónomamente las medidas de seguridad de que se trate y, en relación a supuestos de riesgo sobrevenido, la facultad de suspender los trabajos ante la aparición del riesgo, pues también la suspensión del trabajo es una medida de seguridad prevista como tal en el ordenamiento (art. 10.3 OSH). Dentro de ese amplio círculo de sujetos activos es preciso tener en cuenta que la autoría típica se ha de establecer a partir de cada creación de peligro, de cada infracción de normas de seguridad. De tal modo que sólamente será considerado autor aquél o aquéllos en cuyo ámbito de competencias se encuentre la fuente de peligro (11).

El trabajador en cuanto tal, es decir en tanto que trabajador dependiente, sin facultades de dirección y organización del trabajo no es sujeto del deber de seguridad. Se trata precisamente de los sujetos a cuya tutela sirve la imputación del deber de seguridad y no recae sobre ellos a efectos penales más que el deber común de cuidado cuya infracción únicamente será relevante respecto de homicidio o lesiones imprudentes. El deber de seguridad del trabajador que proclaman tanto el E.T. como la OSH tiene efectos puramente contractuales y disciplinarios en lo laboral (12) y su naturaleza es básicamente receptiva, de participación y colaboración en el cumplimiento de las medidas adoptadas por el empresario y sus encargados, adopción que no depende en modo alguno de su decisión y voluntad (13).

IV. LA CONDUCTA PUNIBLE

La conducta punible consiste desde el punto de vista objetivo en infringir las normas reglamentrias de seguridad e higiene en el trabajo poniendo con ello en peligro la vida o integridad física de los trabajadores. El precepto señala lo que, en principio, son las tres modalidades típicas de realización de la conducta: no exigir, no facilitar los medios y no procurar las condiciones, cuestión que requiere ser analizada en primer lugar.

1. En el texto del Proyecto se hacía referencia exclusiva a los comportamiento de "no vigilar" y "de no facilitar los medios para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad exigibles". La primera modalidad resultaba de contornos tan difusos como extraña al problema planteado, pues lo relevante para la inseguridad en el trabajo es la no adopción de las medidas de seguridad, y la vigilancia se refiere a una conducta posterior a la adopción de las mismas, vigilancia respecto de que los adecúen su trabajo a dichas medidas o de que los encargados las cumplan y hagan cumplir y, en caso de surgimiento posterior del peligro, adopten otras medidas. Por otra parte, el empresario o encargado puede vigilar con celo, pero carece de sentido dejar de castigarle si, aunque vigila, no actúa al detectar el peligro. La supresión de esta modalidad en el texto definitivo fué, pues, acertada.

La segunda modalidad, el no facilitar los medios de seguridad corría el riesgo

---

11. Para los problemas de determinación de la responsabilidad en los supuestos de división del trabajo de dirección y delegación de poder directivo ver ARROYO ZAPATERO, ob. cit., p. 177 y ss. y 208 y ss.

12. Vid. PEREZ ESPINOSA, *Las infracciones laborales*, Madrid, 1977, p. 194-199; SCHUTZBACH, *Die Strafrechtliche Verantwortung für Betriebsunfälle, cit., p. 91.*

13. Cfr. FERNANDEZ MARCOS, La seguridad y la higiene en el trabajo ante la reforma del Código penal, cit. p. 28.

de identificarse con el no facilitar los "merios personales de protección" del trabajador, con lo que cubría una parte mínima del catálogo de medidas legalmente previstas de seguridad en el trabajo —uno sólo, el XIII de los capítulos de la OSH—, quedando fuera, por ejemplo, las medidas referentes a la estructura de los centros de trabajo (art. 13 y ss. OSH), a las condiciones de instalación de las máquinas y demás instrumentos de trabajo, a los elementos de seguridad de los mismos (art. 89 y ss., 107, 128 OSH), las condiciones de su empleo (art. 101 y ss. OSH), etc. Estas consideraciones (14) llevaron a una modificación sustancial, aunque no del todo satisfactoria, de la formulación típica de la conducta punible: los que "no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones" de seguridad en el trabajo, en donde la ampliación de la cobertura penal se verifica en la expresión "procuren las condiciones" de seguridad.

De las tres modalidades de la conducta típica, las primeras se refieren a un mismo objeto: los *medios* de seguridad. Al ser éstos unos medios sobre los que se proyecta el verbo exijan, cuyos sujetos pueden ser tan sólo los legalmente obligados, es decir, el empresario y sus encargados, debe entenderse que se trata de medios a ser empleados por los trabajadores, es decir, los medios de protección personal, que los empresarios están obligados a facilitar a los trabajadores y a *exigir* su empleo efectivo por estos (15). A su vez, la expresión exigir del empresario el cumplimiento de las normas y la adopción de medidas que sean necesarias y para lo que los encargados no dispongan de un poder autónomo (16).

La expresión "procurar" no tiene por objeto los medios sino las "condiciones" de seguridad y es así como se produce la ampliación de las modalidades de la conducta típica, dotando al precepto de la eficacia político-criminal de que carecía el Proyecto. En efecto, por condiciones de seguridad ha de entenderse todos aquellos presupuestos personales, materiales y organizativo de la prestación del trabajo que evitan la creación de riesgo o neutralizan o aminoran los ya existentes y que vienen exigidos por las normas de seguridad.

Mientras las dos primeras modalidades, no exigir y no facilitar, son puramente omisivas, la de "no procurar" admite tanto una valoración activa como omisiva, pues su formulación omisiva no se refiere a la actuación material, sino al no cumplimiento de normas de cuidado, incumplimiento que se puede llevar a cabo al paso tanto de una conducta activa como omisiva (17). No procura las condiciones de seguridad tanto quien ordena cargar una grúa con peso superior a la máxima carga útil (conducta activa) como quien no suspende la realización del trabajo tras observar que se han roto varios hilos del cable de la misma grúa, debidamente cargada (conducta omisiva) (art. 101 y 112 OSH, respectivamente). Es más, la expresión "no procurar las condiciones de seguridad" cubre por sí misma también las modalidades de no exigir el empleo de los medios de seguridad y de no facilitar dichos medios. La redundancia se revela como un defecto

---

14. Puestas de manifiesto en la enmienda n.º 251 (Pérez Poyo), motivación, ap. 1, que, sin embargo, no fue aceptada en el Congreso ("Diario de Sesiones del Congreso") n.º 30, p. 1402 y ss.), aunque la preocupación fue reproducida en el Senado por las enmiendas 56 (Portabella) que proponía la adición del término "condiciones" al de "medios" y la 60 (Grupo Socialista), cuyo texto, "o procuren las condiciones", fue aceptado y es el que hoy se recoge en la Ley. Vid. "Boletín Oficial de las Cortes Generales", Senado, Serie II, 15 (b), p. 46 y 48.

15. Cfr. art. 10.1 OSH: TS 4-II-80, Ar. 436, entre muchas otras.

16. En este sentido FERNANDEZ MARCOS, *La seguridad y la higiene en el trabajo...*, cit., p. 30.

17. Es preciso evitar también aquí el equívoco que se produce en los delitos imprudentes, en los que, en ocasiones, el elemento "omisión" del cuidado debido lleva a calificar a la propia conducta como "de omisión". V. al respecto ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo,* ob. cit., p. 133.

de redacción del tipo, debido al proceso un tanto tortuoso que experimentó el proceso en su elaboración parlamentaria (18).

La cuestión examinada, pone de manifiesto por otra parte que nos encontramos ante un delito cuya estructura nuclear consiste en la infracción de un deber (19), en los que resulta irrelevante la forma activa u omisiva de realización del resultado típico: la creación o el incremento del peligro con infracción de las normas de seguridad cuyo cumplimiento impone el adecuamiento a un determinado círculo de sujetos.

2. El legislador hace acompañar a las tres modalidades de conducta reseñadas un elemento común, de carácter normativo, la *infracción grave de las normas reglamentarias.* Por tales normas reglamentarias se han de entender todas aquéllas que establezcan presupuestos y condiciones relevantes para la seguridad en el trabajo, con independencia de que sea la seguridad en el trabajo su *nomen iuris* o su destino específico. Ahora bien, estas normas pueden ser de diferente naturaleza y rango jurídico, integrando el contenido del deber de seguridad en el trabajo tanto las contenidas en disposiciones legales y reglamentarias, particularmente la OSH de 1971 y las ordenanzas especiales a ella anejas, como en los Convenios Colectivos, Reglamentos de Régimen Interior, en la "Lex artis" de las diferentes profesiones, contenidas o no en normas coporativas escritas, en las normas de experiencia técnica, científica o laboral y, por último, en las máximas de común experiencia (20). Sin embargo, este amplio catálogo de normas de seguridad en el trabajo que constituye todo el contenido del deber objetivo de cuidado del empresario, relevante para determinar la responsabilidad del homicidio y las lesiones imprudentes, no ha sido acogido por el legislador en la configuración del tipo del delito contra la seguridad en el trabajo. En éste la relación de normas de seguridad se contrae a las de carácter *reglamentario.* La determinación de lo que haya de entenderse por tales no es tarea fácil, tanto por lo disperso y asistemático de las disposiciones en la materia como por el peculiar sistema de fuentes anterior a la Constitución. Su cuerpo fundamental viene constituido por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (O.M. de 9-II-71) cuyas disposiciones rigen todo tipo de trabajos y afectan a la generalidad de los trabajadores, que se complementa con ordenanzas particulares para las ramas concretas de actividad laboral, con rango también de orden ministerial. Se cuenta inclusive con normas que son meras resoluciones, como las que la O.M. 7 mayo 1974 faculta a la Dirección General de Trabajo para establecer los requisitos mínimos de los medios de protección personal. Junto a ellas se cuenta con disposiciones relativas a grupos de trabajadores, con independencia de ramas laborales concretas, v. gr., el Decreto de 26 de julio de 1957 sobre trabajo de mujeres y

---

18. La redacción del precepto puede inducir a la defectuosa y restrictiva intepretación que pretendió evitar la modificación parlamentaria introducida en el texto y en la que parece incurrir RODRIGUEZ DEVESA, al limitar su ejemplo al procurar los medios de seguridad personal en el sentido de adquirirlos para ponerlos a disposición de los trabajadores, v. *Parte especial,* cit., p. 1065.

19. Vid. ROXIN, *Taterschaft und Teilnahme,* 3.ª ed., Berlín 1975, p. 352 y ss. y en "Leipziger Kommentar", 10.ª ed., not. marg. 29 y ss. y 147 al parágrafo 25; ARROYO ZAPATERO, ob. cit. p. 129-133.

20. Este catálogo de fuentes del deber de seguridad viene acuñado por una copiosa y reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del T.S. 21-IV-73; Ar. 1770; 30-VI-75, Ar. 3044; 13-X-75, Ar. 3932; 10-III-75, Ar. 983; 4-II-80, Ar. 436.

21. En la actualidad se dispone de un completo catálogo de normas de seguridad e higiene: BORREÑO CASTAÑO (compilador), *Compilación de disposiciocnes sustantivas sobre seguridad, higiene y medicina del trabajo,* Madrid, 1983.

menores, y con normas con rango de Ley no directamente orientadas a la seguridad en el trabajo pero con indudable incidencia en ella, como la Ley de Jornada (L. 4/1983, 29 junio) (21).

El significado propio de la opción por limitar las normas de seguridad a las reglamentarias se concreta en la exclusión de todas aquellas no contenidas en disposiciones generales de Derecho público: las normas escritas puramente corporativas, la lex artis no escrita de las diferentes profesiones, las meras normas de experiencias, técnica o común, etc. Quedan también excluidos los Convenios Colectivos por no ser normas dictadas por la Administración pública, aunque tengan la condición de fuente de Derecho laboral y operen sus efectos plenamente en el ámbito contractual. Se excluyen también las disposiciones singulares adoptada por el Inspector de Trabajo en cuanto tales. Ahora bien, cuando tales disposiciones supongan requerimiento de que se cumplan normas de seguridad de carácter reglamentario, el incumplimiento de la disposición singular supondrá igualmente el de la norma general en cuestión (22).

La justificación de la restricción a las normas reglamentarias sólo pueden encontrarse en criterios de seguridad jurídica. Una ampliación de las fuentes de normas de cuidado requeriría un sistema institucional de elaboración de normas técnicas y de seguridad y de control diferente al existente en nuestro país (23). Ciertamente, la dispersión y el modesto rango jerárquico de las normas de seguridad en el trabajo vigentes pueden afectar al principio de legalidad y al de seguridad jurídica, además de a la propia eficacia político-criminal del precepto penal, por todo lo cual resultaría deseable modificar la situación de las instituciones de seguridad en el trabajo y sus instrumentos normativos. Con todo, y en relación al reproche que las normas penales en blanco merecen desde el punto de vista de los principios constitucionales mencionados, es preciso tener en cuenta dos consideraciones fundamentales: 1.ª) Que el tipo penal no tiene por destinatario la sociedad en general, sino un círculo de personas determinado que, precisamente por su profesión, vienen obligadas a conocer las normas de seguridad aplicables a su trabajo, hasta el punto de que el desconocimiento es incompatible con su ejercicio profesional; 2.ª) las normas penales en blanco no vulneran el principio de reserva de Ley cuando la norma requerida de complemento, el tipo penal, contiene en su descripción el núcleo fundamental de la conducta que se desea prohibir, del injusto, y esto es lo que aquí ocurre pues el art. 348 bis a lo que incrimina materialmente es el poner en peligro la vida o la integridad de los trabajadores (24).

3. El artículo 348 bis a) exige que la infracción de la norma de seguridad sea *grave*. La atribución del calificativo a la infracción es desafortunada, pues la valoración no puede proyectarse sobre el rango legal de la norma de seguridad, que desde el punto de vista de la tutela del bien jurídico es irrelevante, más aún si se tiene en cuenta el rango de las normas de seguridad en nuestro ordenamiento, sino que ha de hacerse sobre el resultado de la infracción de la norma, es decir, sobre el grado de peligro creado o incrementado por el incumplimiento de la

---

22. Vid. al respecto ARROYO ZAPATERO, ob. cit., p. 135 y ss.
23. Vid. sobre el sistema previsto en el Proyecto Alternativo Alemán, en ob. cit. en nota anterior, p. 255.
24. Sobre el problema de constitucionalidad de las normas penales en blanco vid., COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, en *Comentarios a la Legislación penal,* I, *Derecho penal y Constitución,* Madrid 1982, p. 199, s.; ARROYO ZAPATERO, *Principio de la legalidad y reserva de Ley en materia penal,* en "Rev. Esp. Derecho Constitucional" 8 (1983) p. 32, con ulteriores referencias.

norma de seguridad (25). El calificativo debería haberse atribuido en el texto al peligro mismo, como "peligro grave".

4. El texto exige que con la infracción de la norma se ponga en peligro la vida o integridad física de los trabajadores. Por peligro ha de entenderse la situación fáctica que implica la probabilidad —en el sentido de relevante posibilidad— de que se produzca la lesión de la vida y la integridad física (26). Se trata de un juicio de experiencia técnica a valorar por el Tribunal.

No se trata de cualquier peligro, pues es sabido que el del trabajo es un espacio propio de peligro o riesgo permitido (27); se trata específicamente del peligro prohibido, del peligro generado o incrementado o no evitado como consecuencia del incumplimiento de las normas de seguridad. Uno y otro elemento se han de encontrar en relación de causalidad.

Los objetos sobre los que se ha de proyectar el peligro son la *vida y la integridad física* de los trabajadores. Debe notarse que el peligro se contrae a la seguridad de estos últimos, de tal forma que la puesta en peligro de otras personas ajenas a la empresa será, como tal, atípica. La referencia a la integridad física merece ser analizada, pues refleja la vieja concepción de la lesión como agresión violenta y un concepto estrecho y superado de salud, reducido a la integridad física, es decir, marginador de la enfermedad psíquica y somática en tanto no se traigan causa de golpes, heridas o contusiones y, en el delito de peligro, del riesgo de ellas. El tenor literal del precepto en este punto impide equiparar salud a integridad física, y, en consecuencia, la creación antijurídica del riesgo de enfermedad profesional resulta atípico (28). Con todo, y además de la voluntad del legislador expresada en el debate parlamentario, podría intentarse una interpretación que cubriera la puesta en peligro de la salud a partir de la referencia típica a las normas *de higiene,* cuyo sentido no es el evitar peligros para la integridad corporal sino específicamente para la salud, aunque resultaría controvertido.

V. CAUSAS DE JUSTIFICACION

No es estimable como causa de justificación el *ejercicio legítimo de un hipotético derecho* a no adoptar medidas más eficaces que las previstas en las normas reglamentarias, como propone algún autor (29), en primer lugar porque tal

---

25. Al mismo resultado se llega examinando los preceptos de la OSH (art. 156 y 157 que proporcionan criterios a efectos de la calificación de las infracciones (administrativas) en leves, graves y muy graves, vid. FERNANDEZ MARCOS, *La seguridad y la higiene...*, cit. p. 23 y ss.

26. Cfr. BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto,* en "ADP" 1973, p. 492. Para el juicio de peligro y sus presupuestos vid. ESCRIVA GREGORI, *La puerta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho penal,* Barcelona 1976, p. 75 y ss.

27. Vid. ARROYO ZAPATERO, ob. cit. p. 137 y ss.

28. Las enmiendas que en el Congreso proponían la sustitución del término de integridad física por el de "salud" (n.º 251, Pérez Royo) o la adición a aquél del de "psíquica" (n.º 341, Brandés) fueron rechazadas con la peregrina argumentación (Navarrete Merino), en Comisión y en Pleno, de que la salud e integridad psíquica están incluidas en el concepto de integridad física ("Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados", 1983, n.º 21, p. 772 y n.º 30, p. 1403). La cuestión se reprodujo en el Senado con las enmiendas n.º 56 (Portabella) y 60 (Grupo Socialista), (Bid. BOCG, Senado, II, 15 b, p. 48 y 50), aprobándose en ponencia (BOCG, Senado, II, 15 c, p. 57) esta última, cuyo texto en este punto decía "vida e integridad física o salud", lo que se justificaba en que deben contemplarse no sólo las medidas de seguridad sino también las de higiene laboral que afectan a la salud y que originan riesgo de enfermedades profesionales". Sin embargo, en el texto del Informe de la Ponencia, se omite la referencia a la salud, sin que conste explicación alguna, más aún cuando en el propio Senado se modificó el art. 427 que hace expresa referencia a la "salud o integridad física de los trabajadores", por iniciativa del mismo grupo parlamentario.

29 Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, *Parte especial,* cit., p. 1066.

derecho no asiste al empresario en modo alguno, ya que el ordenamiento le impone el deber de "adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores" (art. 7.2 OSH). Lo que acontece en el supuesto enunciado por el autor citado no es que la conducta esté justificada, sino, simplemente, que no es típica, pues sólo se castiga la puesta en peligro dimanante de incumplimiento de normas de seguridad reglamentarias, quedando fuera de la descripción legal el incumplimiento de normas extra reglamentarias.

No infrecuentemente se alega en la práctica para exonerar de responsabilidad al empresario por muerte o lesiones de trabajadores el que éstos incumplieron las normas de seguridad por propia voluntad, por comodidad o por desprecio por el peligro, lo que se pretende dé lugar a la apreciación de un *consentimiento* en el riesgo por la propia víctima, justificante de la conducta del empresario. Pues bien, el consentimiento de la víctima en el riesgo (30) no posee eficacia justificante alguna ni en el delito de lesión ni en el de peligro, pues, por una parte, el bien jurídico protegido no es aquí la vida o integridad individual y de titularidad supraindividual, y en segundo lugar, porque, con independencia del argumento anterior, el ordenamiento impone al empresario el deber de tutelar la seguridad de sus trabajadores también frente a su propia voluntad o interés individual (31) "exigiéndoles incluso coactivamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas por las normas de seguridad" (32).

El *estado de necesidad* solamente puede tener efectos justificantes cuando el incumplimiento de las medidas de seguridad tenga por objeto la evitación del riesgo que las normas de seguridad proscriben, por lo que habrá de tratarse tan sólo de evitación de peligros más graves para la vida o la integridad corporal, lo que ocurrirá tan sólo en supuestos de acciones "de salvamento". Ajenos a la necesidad justificante serán, pues, consideraciones financieras, mantenimiento de puestos de trabajo, dificultades técnicas y cualquier otro bien o interés de rango inferior a la vida o integridad de los trabajadores (33).

VI. TIPO SUBJETIVO

El tipo del art. 348 bis a) admite en principio tanto la realización dolosa como la imprudente (34).

El dolo en el delito contra la seguridad en el trabajo reviste las características propias de este elemento subjetivo en los delitos de peligro, cuestión analizada entre nosotros en relación al delito de conducción temeraria y de omisión de socorro (34 bis). A modo de síntesis puede decirse que el dolo consiste aquí en la conciencia de la infracción de la norma de seguridad y de la situación de peligro que de aquella deriva para la vida o la integridad física de los trabajadores y

---

30. Sobre los problemas del consentimiento en el riesgo vid. BERDUGO G. DE LA TORRE, *El delito de lesiones,* Salamanca, 1982, p. 75 y ss.

31. Vid. art. 10.1 OSH.

32. Cfr. TS 21-III-80, Ar. 1169, entre muchas otras. Vid. al respecto ALONSO OLEA, *El deber de seguridad...,* cit., p. 98.

33. Vid. ARROYO ZAPATERO, ob. cit., p. 173-177.

34. Cfr. MUÑOZ CONDE, *Parte especial,* cit., p. 415.

34 bis. Vid. BERISTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria,* en "E.D. Circ." 1970, p. 553 y ss.; CORDOBA RODA, *Comentarios al Código penal,* III, Barcelona 1978, p. 1250 y 1259; RODRIGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal,* Madrid, 1966, p. 255, 258, 260.

en la decisión del sujeto de no evitar ese peligro, manifestada, a su vez, en la no aplicación de la medida de seguridad que, exigida por la norma, neutralizaría el mismo (35). Basta a tales efectos el dolo eventual, es decir, que el sujeto se represente como probable la presencia de una situación de peligro y la existencia de una norma de seguridad y que, a pesar de dicha representación, mantenga la decisión de no adoptar la medida de seguridad, aceptando la aparición o incremento del riesgo efectivo.

La realización imprudente del tipo del delito contra la seguridad en el trabajo es teóricamente posible y nada impide la aplicación del artículo 565 (36). Mientras no se sustituya el sitema vigente de incriminación abierta por el de tipificación expresa previsto en el proyecto de 1980 y en el Anteproyecto de 1983, la cuestión se resuelve en un problema de interpretación a solucionar conforme a criterios político criminales. Ahora bien, aunque todo ello podría merecer una consideración detenida y rica en matices, parece fundamento bastante para adoptar una decisión inmediata el que se deriva del sistema de penas vigente. En efecto, habida cuenta que la pena prevista para el delito doloso es arresto mayor o multa de 30.000 a 300.000 pts., el delito imprudente, en atención a lo dispuesto en el último párrafo del art. 565, habría de castigarse meramente con pena de multa inferior a 30.000 pts. Esta pena sería por otra parte la única sanción aplicable al mismo hecho por exigencia de la prohibición constitucional del *bis in idem* (37). De este modo la pena pecuniaria leve radiaría toda facultad sancionadora de la Administración laboral, lo que llevaría a castigar más levemente las infracciones de normas de seguridad con puesta en peligro que las meras infracciones no peligrosas en concreto. Este resultado contribuiría a menoscabar aún más la eficacia preventiva de todo el sistema sancionador penal y administrativo en materia de seguridad en el trabajo.

Por la razón expuesta (38) y aunque de *lege ferenda* y con un nuevo sistema de sanciones se deba propugnar la incriminación de la conducta imprudente, de *lege lata* parece aconsejable contraer el castigo penal a la comisión dolosa del delito contra la seguridad en el trabajo, manteniendo plenamente como ilícito administrativo aquellas conductas en las que el sujeto sabe que infringe la norma, pero no cree que de ello derive peligro alguno, o desconoce o malinterpreta la norma de seguridad, o no se representa en absoluto el peligro, o lo hace sólo como poco probable, en definitiva, todos aquellos supuestos que los dos elementos básicos del tipo, normal de seguridad y peligro, no resultan abarcados por el dolo, directo o eventual, del sujeto en los términos propios de los delitos de peligro anteriormente expresados.

---

35. Vid. ARROYO ZAPATERO, ob. cit. p. 258.

36. En este sentido MUÑOZ CONDE, *Parte especial,* cit. p. 415, quien acertadamente señala que, por incluir el tipo de infracción reglamentaria, se excluye la punibilidad de la mera imprudencia simple del art. 586, 3.º.

37. T.C. 30-I-1981, RA-2, fundamento 4; PRIETO SANCHIS, *La Jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho,* en "Rev. Esp. Derecho Constitucional", 4 (1982), p. 99 y ss.

38. Otra, adicional, sería que en la reforma de 1983 y en relación con otros delitos de riesgo, como es el caso del delito contra la salud alimentaria del art. 346, cuando se ha querido castigar la conducta imprudente lo ha hecho de modo expreso; vid. último párrafo (nuevo) del art. 346.

VII. PENALIDAD Y CONCURSO

La pena prevista es alternativa, arresto mayor o multa de 30.000 a 300.000 pts. El carácter alternativo de la pena fue con razón criticado en la discusión parlamentaria, pues, en general, la pena de multa en el sistema vigente carece de eficacia preventiva frente a conductas en las que subyace comúnmente un móvil lucrativo —aquí, el coste financiero de la seguridad en el trabajo— hasta el punto de que la pena pecuniaria puede representar el precio rentable del incumplimiento de las normas de seguridad.

El problema de concurso de mayor interés se plantea en los supuestos en los que el peligro creado o incrementado típicamente se realiza en lesión efectiva de la vida o la integridad corporal, constituyendo homicidio o lesiones imprudentes. Estos supuestos, que se plantean con similares características en otros delitos de peligro como, v. gr., en los delitos contra la seguridad del tráfico, no reciben una solución doctrinal unívoca. Así, el párrafo segundo del artículo 340 bis a, dispone que "cuando de los actos sancionados resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infacción más gravemente penada". Con esta cláusula, que trata el problema como si de un mero concurso de leyes se tratase, el Código pretende dar solución a un problema práctico que determina nuestro singular sistema de marcos penales: el de que el delito (o falta) de lesión resulte más levemente penado que el delito de peligro. Lo que a esta solución subyace es la idea de que se trata en ambos delitos, en el de peligro y en el de lesión, del mismo bien jurídico, ante lo cual, en opinión de algún autor (39), lo procedente sería entender que ambos delitos se encuentran en una relación de subsidiariedad tácita, en la que el delito de lesión consume el de peligro. Sin embargo, ni a la cláusula del art. 340 bis a, ni al autor citado asiste fundamento, pues pierden de vista que en realidad se trata de bienes jurídicos distintos, los tutelados en este precepto (la seguridad del tráfico) y en los de homicidio y lesiones imprudentes (vida e integridad), por lo que la solución correcta, como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE (40), es la de estimar un concurso ideal de delitos, tesis que ha de aplicarse también al supuesto que nos ocupa: concurso del delito contra la seguridad en el trabajo y delito de homicidio o lesiones imprudentes. Este resultado es una de las más trascendentes consecuencias, junto con la irrelevancia del consentimiento, de la condición de la seguridad en el trabajo como bien jurídico autónomo respecto de la vida e integridad.

39. Vid. RODRIGUEZ DEVESA, *Parte especial,* p. 993.
40. Cfr. *Parte especial,* cit. p. 406 y ss.

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

"EL ILICITO EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

MANUEL LOPEZ PEREZ
JOSE LUIS GALVAN DE GRANDA
Inspectores de Trabajo

Podemos definir la seguridad e higiene en el trabajo como "el conjunto de materias que tiene como finalidad: prevenir los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales y lograr las mejores condiciones de higiene y bienestar en los centros y puestos de trabajo".

La seguridad e higiene en el trabajo se ha venido rigiendo por un conjunto de normas estatales y no estatales, cuyo objeto consiste, fundamentalmente, en evitar los riesgos que se producen como consecuencia del trabajo que se desarrolla por cuenta ajena.

Como dice el profesor Arroyo Zapatero, las condiciones materiales en que se realiza el trabajo constituyen, junto al tráfico rodado, las fuentes de riesgo y lesión para la vida y la salud de mayor importancia cuantitativa en la sociedad industrial.

El análisis de la seguridad e higiene en el trabajo debe llevar a plantearnos en primer lugar, la existencia de unas normas que vienen a regular la materia, y al mismo tiempo, a preguntarnos el por qué de la existencia de esas normas.

Ello nos sitúa, evidentemente, ante los orígenes de las primeras normas sobre seguridad e higiene, que nos va a enfrentar, irremediablemente, frente al fenómeno del "Intervencionalismo Estatal".

Pues bien, las primeras normas, en esta materia, surgen a mediados del siglo XIX, como una consecuencia de la Revolución industrial y ha sido la causa del nacimiento del intervencionismo del Estado en las relaciones laborales.

Durante el siglo XIX las alarmantes proporciones que pronto adquiriría la llamada "cuestión social o cuestión obrera", que no es otra cosa —en expresión de Carlos Palomeque— que la dulcificada envoltura terminológica de la explotación sistemática de las clases trabajadoras por obra de la industrialización y el maquinismo, dentro del modo de producción capitalista, había de justificar, como se sabe, la intervención estatal en las relaciones de trabajo.

Cuando los postulados del liberalismo político, consistente en el abstencionismo de los poderes públicos, doctrina del estado policía, laisser faire, laisser passer, se sustituye con mayor convencimiento, la historia de las sociedades capitalistas conoce, paradójicamente, un fenómeno de signo contrario, esto es, la intervención del Estado en las relaciones capital-trabajo.

Como consecuencia de uno de los principios del liberalismo económico de abstención normativa, que consistía en la no intervención del Estado en las relaciones de trabajo entre patronos y obreros, se consagra el dogma de la "autonomía de la voluntad" como fuente única que debe de regir las relaciones laborales, relaciones que se multiplican como consecuencia de la desaparición del pequeño taller artesanal y la aparición de la fábrica, concentración de hombres y máquinas en un mismo lugar, la invención de nuevas máquinas, que sustituyen el esfuerzo humano y permite multiplicar rendimientos y el éxodo rural, que forma una gran reserva de trabajadores.

Todo lo anterior trae como consecuencia que los salarios sean insuficientes por exceso de oferta de mano de obra y por el juego de las leyes de la oferta y la demanda, en su más cruda manifestación, ello determina la entrada en el mercado de trabajo de las denominadas medias fuerzas, mujeres y menores, en el intento de conseguir la familia los medios necesarios para subsistir. Así, el trabajo se desarrolla en ambientes insalubres, las jornadas son extenuantes y los riesgos se multiplican prodigiosamente con el manejo de nuevas máquinas. Ante esta situación, el Estado decide intervenir y siguiendo a Luis Enrique de la Villa, podemos decir que SU INTERVENCION en materia laboral ha seguido tres etapas bien definidas:

1) Recabar informes, recoger datos y promover su valoración y estudio.

2) Fomentar la acción social de los particulares por medio de ayudas y subvención y ofrecer cauces para que los sujetos en conflicto alcancen soluciones (sistemas de arbitrajes y conciliación).

3) Y finalmente en una tercera etapa, el Estado interviene, directamente, bien reprimiendo las manifestaciones conflictivas por vía de la legislación penal (ilícitos de asociaciones sindicales) bien integrando el conflicto industrial mediante una legislación protectora de los trabajadores.

Así, nos encontramos que las primeras normas en la materia en los países del área occidental son:

— INGLATERRA: en 1802 se aprueba la Ley que viene a regular la limpieza y ventilación de los talleres donde trabajen tres o más aprendices, se limita la jornada laboral de los mismos prohibiéndoles el trabajo nocturno.

— FRANCIA: una ley de 1841, consecuencia del informe VILLERME, prohibió el trabajo a los menores de 8 años y limitaba la jornada para los niños de 12 a 16 años.

— BELGICA: a través de un Decreto de 1810, el gobierno dictó reglamentos para proteger a la sociedad de las industrias insalubres y los aplicó para promover la seguridad e higiene de los trabajadores.

— ESPAÑA: La Ley Benot de 24-7-1873 prohibía el trabajo a los niños menores de 10 años, fijaba un límite máximo de jornada para los niños de 13 a 15 años y niñas de 15 a 17, y no permitía el trabajo nocturno a los niños menores de 15 años y niñas menores de 17.

Vemos como las primeras disposiciones que regulan la relación laboral, que son al mismo tiempo manifestaciones del intervencionismo estatal y origen de lo que luego se denominaría "Derecho del trabajo", van a versar todas sobre la seguridad e higiene en el trabajo.

Revisado, pues, el origen de la seguridad e higiene y los motivos por los cuales se incluye dentro del campo del Derecho, pasamos a analizar cual es la situación actual de nuestro Derecho positivo en esta materia.

A diferencia de lo que ocurría en la legislación del anterior régimen, en la que

faltaban normas encaminadas a resaltar este fundamental aspecto de la relación laboral, sobre todo en la legislación de carácter general, hoy día, podemos citar dos normas: la primera, como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, "La Constitución Española de 1978", la segunda, como disposición básica que regula las relaciones laborales Ley 8/80-10-3 que aprueba el Estatuto de los trabajadores.

La Constitución de 1978 hace referencia por primera vez, en los textos constitucionales españoles, a la seguridad e higiene y así en el art. 40 dice: "Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesional y velarán por la seguridad en el trabajo".

El art. 43 del citado texto legal establece:

1) "Se reconoce el derecho a la salud.

2) Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

Por su parte, el Estatuto de los trabajadores, también, por primera vez en la legislaciόm básica reguladora del contrato de trabajo, se refiere de forma concreta a la seguridad e higiene como deber contractual específico. Además, fija importantes normas sobre formación de trabajadores, atribuye funciones de vigilancia a órganos representativos de los mismos y se refiere a un procedimiento especial de paralización de trabajos ante la inminencia de peligro.

El examen de los arts. 4,2, d, 5,b, 19,1 y 19,2 del Estatuto de los trabajadores permite delimitar en nuestra legislación básica laboral, el denominado deber contractual de seguridad, o lo que es lo mismo, el deber de seguridad, que podemos concretar de la siguiente forma:

— El trabajador, en la prestación de servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene (19,1).

— El trabajador estará obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene (19,2).

— En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (4,2,d).

— Los trabajadores tienen como deberes básicos: observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten (art. 5,b).

Así pues entendemos que una protección eficaz en materia de seguridad e higiene debería comprender:

a) La existencia de medios de protección frente a los riesgos de las máquinas e instalaciones.

b) Vigilancia por parte del empresario de los riesgos de la empresa y el control de dichos riesgos.

c) Conocimiento de la naturaleza de dichos riesgos.

d) Protección colectiva y personal frente a dichos riesgos mediante inversiones oportunas.

e) La existencia de una planificación en la lucha contra dichos riesgos.

f) La prevención médica de los riesgos (reconocimientos, etc.).

g) La existencia de un ambiente general de comodidad y bienestar.

h) La reparación de las consecuencias de los riesgos.

i) Indemnización de los daños como consecuencias de los riesgos.

j) Participación real y efectiva en la política preventiva de la empresa.

Una vez conocidas las normas de carácter general que regulan la seguridad e higiene en el trabajo y que nos ha permitido delimitar lo que podía ser una protección eficaz en el desarrollo de la prestación y servicios, debemos recalcar que las disposiciones sobre la materia no se acaban ahí. La legislación sobre seguridad e higiene, como dice Leodegario Fernández Marcos, es abrumadoramente reglamentaria, confusa y dispersa en multitud de disposiciones, que van desde textos de seguridad social hasta ordenación técnica industrial.

No es el momento de hacer una crítica sobre la legislación en esta materia , sino de exponer sus principales normas, y para ello, nos vamos a centrar en la O.M. 9-3-1971 que aprueba la Ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo (a partir de ahora O.G.S.H.) y que ha sido denominado por el autor, antes citado, como verdadero "derecho común" de la seguridad e higiene en el trabajo.

El análisis de la O.G.S.H. nos va a ayudar a determinar cuales son las obligaciones en la materia, cuándo se produce la infracción y de quién es la responsabilidad en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones.

La O.G.S.H. consta de un total de 161 artículos, 4 disposiciones transitorias, 1 disposición final y 2 tablas de vigencia, todo ello contenido en 3 títulos:

El título primero hace referencia a las disposiciones de carácter general, en el segundo, comprende las disposiciones relativas a las condiciones generales de los centros de trabajo y de los mecanismos y medidas de protección y el tercero recoge la parte referente a las responsabilidades y sanciones.

Para delimitar con claridad el objeto de esta comunicación debemos centrarnos primordialmente en los títulos I y III. Dentro del título I, son los arts. 7, 10 y 11 los que desarrollan las obligaciones del empresario, personal directivo, técnico, mando intermedio y del trabajador, que analizaremos a continuación.

Dentro de este marco de obligaciones impuestas a todo el personal de la empresa, las del empresario son especialmente intensas, ya que, en él reside el poder de dirección de la empresa y porque es al empresario al que hay que atribuir la creación del "riesgo" con la apertura de un centro de trabajo.

Siguiendo a Leodegario Fernández Marcos, las obligaciones del empresario enumeradas en el art. 7 de la O.G.S.H. (de S. e H.) se pueden sistematizar de la siguiente forma:

1) Una obligación general, de carácter global, de cumplir las disposiciones de la ordenanza y cuantas, en materia de S. e H. en el trabajo, fueran de aplicación en los centros o lugares de trabajo.

En virtud de este precepto el empresario se obliga a observar, absolutamente, todas las disposiciones de carácter preventivo en cuanto sean de aplicación a su industria y actividad, cualquiera que sea el texto legal en donde se encuentran incorporados.

2) Obligación de adoptar, en su empresa, las medidas que son necesarias en orden a la plena eficacia de la prevención de los trabajadores a su servicio, dentro de este apartado podemos citar:

— Mantenimiento de máquinas e instalaciones.
— Provisión al personal de las prendas de protección.
— Práctica de reconocimientos médicos.
— Facilitar el normal funcionamiento de los servicios médicos.
— Establecer una organización de seguridad más o menos compleja, según las dimensiones de la empresa.

3) Una obligación, especialmente rigurosa, tiene el empresario respecto del cumplimiento de las normas vigentes sobre trabajos prohibidos a mujeres y tra-

bajadores con dolencias físicas.

4) Colaboración activa con el comité de seguridad e higiene y con el vigilante de seguridad, a los que debe facilitar su labor preventiva.

5) Adecuada y completa formación en materia de seguridad e higiene a todo el personal, desde directivos a operarios, e instrucción a aquel personal que tenga que ocupar un puesto de trabajo con riesgos concretos y específicos.

Por lo que hace referencia al personal directivo, técnico y mando intermedio, el art. 10 O.G.S.H. establece las siguientes obligaciones:

1) Cumplir y hacer cumplir al personal a sus órdenes la normativa de seguridad en su más amplio sentido.

2) Instruir al personal, a sus órdenes, sobre los riesgos del trabajo a realizar y las medidas adecuadas para evitarlos.

3) Poner especial atención en que no se ocupen a menores o trabajadores no preparados en trabajos para ellos prohibidos.

4) Prohibir y paralizar aquellos trabajos en los que se advierte inminente peligro de accidente.

Debemos resaltar que no parece muy correcta la agrupación que hace el art. 10 de la O.G.S.H. entre personal directivo, técnico y mando intermedio en cuanto a sus obligaciones, dada la diferente responsabilidad que dentro de una empresa puede recaer sobre cada uno de estos tipos de trabajadores.

En cuanto a las obligaciones que la O.G.S.H. establece para los trabajadores, vienen recogidos en el art. 11 y son:

1) Cooperar en la prevención de los riesgos profesionales de la empresa.

2) Recibir enseñanzas sobre S. e H. y usar, correctamente, los medios de protección personal.

3) Dar cuenta a sus superiores de las averías y deficiencias que puedan ocasionar peligro en el centro de trabajo.

4) Cuidar y mantener su higiene personal.

5) Someterse a reconocimientos médicos.

Como vemos, las obligaciones impuestas por la O.G.S.H. al trabajador son, si exceptuamos la primera, bastante pasivas y de una intensidad muchísimo menor que las impuestas al empresario, y quizás este hecho sea un defecto, que puede repercutir, como más adelante veremos, en los numerosos incumplimientos que se producen en esta materia.

Una vez que conocemos cuales son las personas obligadas a la observancia de las normas de S. e H., veamos ahora hasta donde llega su responsabilidad en el supuesto de incumplimiento, es decir, en aquellos casos donde se produce una infracción a la materia que venimos analizando.

Podríamos definir la infracción en materia de S. e H., como las acciones u omisiones contrarias a lo dispuesto en las diferentes normas que la regulan.

Pues bien, la responsabilidad por incumplimiento de las normas de S. e H. en el trabajo viene encuadrada en el título III de la O.G.S.H. que venimos estudiando. Así, el art. 155 dispone que la responsabilidad en esta materia podrá ser civil, penal y administrativa, y además, establece que estos tres tipos de responsabilidades pueden ser compatibles. Más adelante nos centraremos en el problema de la compatibilidad de la responsabilidad penal y administrativa. Ahora, nos debemos centrar en ésta última.

La peculiaridad de la responsabilidad administrativa es la capacidad que tiene el Estado para adoptar medidas coercitivas con el empresario que incumple sus obligaciones y que se va a concretar en la imposición de sanciones.

La sanción administrativa consiste, fundamentalmente, en multa, cuya cuantía se hace depender de la entidad de la infracción cometida. Se establece una calificación de las sanciones en leves, graves o muy graves. Calificación que no está reglada en ninguna norma, sino que se hace teniendo en cuenta una serie de factores como son (art. 156, 3 O.G.S.H.):

— Peligrosidad de las actividades que se desarrollan en el centro de trabajo.

— Circunstancias concurrentes en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que en su caso, se hayan producido o puedan producirse por falta de medidas preventivas.

— Número de trabajadores afectados.

— Comportamiento del empresario en cuanto al cumplimiento de las normas de S. e H.

Dentro de cada una de las calificaciones de las infracciones en leves, graves y muy graves, se establecen tres niveles o grados: mínimo, medio y máximo, para los que se asignan topes o límites de la sanción económica.

Las faltas leves se sancionan con multa de 500 a 5.000 Ptas.

Las faltas graves se sancionan con multa de 5.001 a 100.000 ptas.

Las muy graves se sancionan con multa de 100.001 a 500.000 pts.

Las sanciones económicas mencionadas, pueden duplicarse en caso de reincidencia y acumularse cuando exista más de una infracción.

En la aplicación de los grados mínimo, medio y máximo, se tendrá en cuenta los siguientes factores (156,4 O.G.S.H.):

— Condiciones, formas y modalidades de cómo se ejecuta la actividad desarrollada en el centro de trabajo.

— Permanencia o transitoriedad de los riesgos y peligros inherentes a dichas actividades.

— Medidas de protección colectiva o individual que se hubieran adoptado por el empresario.

— Grado de instrucción impartida a los trabajadores.

— Importancia y situación económica de la empresa.

Todos estos factores, a los que hemos hecho alusión, deben ser ponderados tanto por la inspección de trabajo, que propone las sanciones y que es la que, en rigor, con su visita al lugar de los hechos puede apreciarlos, como por el Delegado Provincial, Director General o Conselleiro de Traballo de la Xunta de Galicia que son las autoridades que en esta comunidad autónoma son competentes para imponerlas.

Además de estas sanciones, existen otras en vía administrativa, que vienen caracterizadas por alguna especialidad, podemos enunciar las siguientes:

1) Recargo de las prestaciones debidas al trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional, en este sentido el art. 93 de la L.G.S.S. establece:

"Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según sea la gravedad de la falta, de un 30 a un 50% cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de S. e H. en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

El pago de éste recargo recae directamente sobre el empresario infractor y

no podrá ser objeto de seguro alguno. La declaración en vía administrativa de esta responsabilidad corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2) Incremento de la cuantía de las primas a pagar por la empresa por el seguro de accidentes "cuando la gravedad o reiteración de las infracciones así lo aconseje" (4,12. O.G.S.H.).

3) Hacerse cargo directamente la empresa del pago de prestaciones que puedan derivarse de enfermedad profesional, cuando haya habido incumplimiento en la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos y periódicos, siempre que se trate de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional.

4) El incumplimiento por parte de la empresa de las decisiones de la inspección de trabajo y de las resoluciones de la autoridad laboral sobre paralización o suspensión inmediata de aquellos trabajos que se realicen sin observar las normas sobre S. e H. y que impliquen grave riesgo para los trabajadores que las ejecuten, dará lugar a que los accidentes de trabajo, que en tal caso pudieran producirse, se entendería que se han ocasionado con la falta de cobertura para dicha contingencia sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad a que hubiera lugar (art. 188 L.G.S.S.).

Señalar, al hablar de este supuesto, como tras la publicación del estatuto de los trabajadores, la paralización de tareas que impliquen grave riesgo de accidente inminente podrá acordarse tanto por el órgano competente en materia de seguridad en la empresa como por los representantes de los trabajadores, comunicándolo de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual ratificará o anulará la paralización acordada. (art. 19).

5) Por último, señalar como sanción administrativa de especial importancia la recogida en el art. 57 del Estatuto de los trabajadores en virtud de la cual, se faculta al gobierno para acordar la suspensión de actividades laborales por un tiempo determinado o cierre definitivo del centro de trabajo cuando concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la seguridad del trabajo.

En éste sentido, el art. 158 de la O.G.S.H. prevé la posibilidad de que el gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, pueda acordar la inhabilitación para cargos directivos dentro de las empresas de aquellas personas que resulten responsables con reiteración de infracciones graves en materia de S. e H.

Un examen de las sanciones que acabamos de enumerar, pone de manifiesto, por lo menos en el campo de la teoría, las grandes facultades que en materia de S. e H. tiene y debe ejercer la administración y que viene a resaltar, lo que Leodegario Fernández Marcos ha denominado relación jurídico-pública de la seguridad e higiene con base en el contrato de trabajo y que implica el deber del empresario de responder, ante la administración, de la salud de sus trabajadores.

Por lo que afecta a la responsabilidad del personal directivo y técnico, no hay en la ordenanza ningún precepto específico que señale la determinación de su responsabilidad, si exceptuamos lo que hemos denominado sanción para inhabilitación para el cargo, recogida en el art. 158.

A nuestro juicio, esto supone una laguna por parte de nuestro ordenamiento, ya que, dada la organización de la empresa en la sociedad actual, el técnico en S. e H. debería ser una figura importante dentro de la empresa, con un cierto poder de dirección, que le faculte no sólo a la disposición de medios económicos para la seguridad, sino también con la posibilidad de tomar decisiones que puedan ser contrarias a los criterios emanados de los órganos de las empresas, cuya

finalidad fundamental es la de obtener mayor producción.

En cuanto a la responsabilidad del trabajador en esta materia, según comentábamos anteriormente, es especialmente pasiva, sólo se le impone una obligación activa que consiste en cooperar en la prevención de los riesgos profesionales de su empresa.

Por otra parte, el trabajador podrá ser sancionado por la empresa con medidas que van desde el apercibimiento hasta el despido por faltas cometidas en relación con la S. e H., si bien este tipo de sanción habría que enmarcarla dentro del poder disciplinario de la empresa.

Ligado con el tema de la responsabilidad del trabajador en materia de S. e H. se encuentra la posibilidad que tienen los representantes de los trabajadores de paralizar el proceso productivo cuando existe riesgo inminente de accidente. El art. 19 del Estatuto de los Trabajadores introduce como novedad en nuestra legislación esta facultad del comité de empresa. El mencionado artículo distingue dos supuestos:

1) Si se observa una probabilidad seria y grave de accidente por inobservancia de la legislación aplicable, bien el comité de S. e H. bien los representantes de los trabajadores pueden requerir por escrito al empresario para que adopte las medidas oportunas para hacer desaparecer tal riesgo. Si en el plazo de cuatro días no fuera atendida la petición se dirigirá a la autoridad laboral competente, la cual requerirá al empresario para que subsane la situación de peligro, suspenda las actividades o paralice inmediatamente el trabajo, mediante resolución fundada e informes precisos.

2) Si el riesgo de accidente es inminente, la paralización de actividades podrá ser acordada tanto por el comité de S. e H. como por el 75% de los representantes de los trabajadores, en las empresas con procesos discontínuos y el 100 por 100 de los mismos, en procesos continuos. Esta decisión debe ser comunicada a la empresa y a la autoridad laboral inmediatamente, la cual, anulará o ratificará la paralización acordada.

La novedad de este artículo reside, como vemos, en abrir una pequeña vía, en el sentido de dar mayor responsabilidad, mayor participación a los trabajadores. A nuestro juicio, este debe ser el camino que debe seguir nuestra legislación para evitar las numerosas infracciones que se producen en esta materia.

En estrecha conexión con lo anterior se encuentra el tema de S. e H. en la negociación colectiva. Cuestón ésta de indudable importancia para analizar el comportamiento de los protagonistas de la relación laboral.

Como sabemos, en virtud de lo establecido en el art. 37 de la Constitución de 1978 y art. 85 del Estatuto de los trabajadores, la S. e H. es materia que puede ser objeto de regulación en convenio colectivo. Debemos, asimismo, señalar que la promulgación de la Constitución ha supuesto la superación de la subordinación de los convenios, norma paccionada, a la normativa estatal, típica de la legislación del anterior régimen. Todo esto no quiere decir que la regulación de la S. e H. por vía de convenio no tenga ciertos límites. Así, sería innegociable, a través de convenio, que el empresario no facilitará las medidas de protección personal cuando se encuentre obligado a ello o que no instale los mecanismos de protección necesarios cuando exista riesgo para la integridad física del trabajador.

Pero, aún cuando existan ciertos límites en la materia, creemos que, también, se da un amplio abanico de posibilidades para la negociación colectiva, sobre todo teniendo en cuenta la situación de crisis actual, donde las mejoras salariales son tan difíciles de conseguir.

El profesor Rodríguez Sañudo, en su artículo publicado en esta materia, nos dice que, aún cuando la obtención de una mejora en las condiciones de trabajo, es algo que el movimiento sindical lleva a cabo desde antiguo, sin embargo, hoy día se observan rasgos nuevos a destacar:

a) Progresiva ampliación del concepto de seguridad e higiene en el trabajo. Se ha abandonado el concepto de defensa de la vida e integridad física del trabajador, para ampliarlo a otros aspectos personales y sociales de la prestación de trabajo no exclusivamente materiales. Ello lleva a considerar desde el punto de vista de la S. e H. problemas como:

— Organización y planificación de trabajo.
— Tiempos de trabajo y descanso.
— División de tareas y repetitividad de éstas.
— Personalización del trabajo.

b) Atención creciente a los aspectos de formación e información a los trabajadores y sus representantes.

c) Potenciación de los organismos con especiales competencias en esta materia, como son los comités de S. e H.

d) Impulso que desde la negociación colectiva puede realizar en el campo de la investigación.

Sobre estas líneas de tendencia, elaboradas con precisión por Rodríguez Sañudo, debemos preguntarnos cómo ha reaccionado la negociación colectiva.

En un trabajo publicado en la Revista de Política Social, José M.ª Goerlich Péset, ha estudiado la cuestión con un cierto rigor. El citado profesor, sobre una muestra de 60 convenios territoriales de 3 sectores, que él mismo considera representativo —Industrias químicas (actividad insalubre), construcción (actividad peligrosa), y limpieza pública y recogida de resíduos sólidos (actividad sucia) publicados 27 de ellos en el primer trimestre de 1980 y 33 en los nueve primeros meses de 1983, obtiene los siguientes datos:

1) Existen un total de 22 convenios que, en sentido estricto, no se ocupan del tema.

2) 35 convenios recogen alguna materia relacionada con la S. e H. son, según sus palabras, regulaciones parciales y limitadas, nunca se aborda el tema en su conjunto, sino alguna de sus facetas.

3) Tres convenios contienen una regulación mínimamente estructurada.

La lectura de estos datos es muy significativa, ya que, no debemos olvidar que en la negociación colectiva participan los dos sectores que, en principio, deberían estar más interesados en el tema, porque, son a ellos, a los que de forma más directa les afecta.

Pero, es que, además, hay que tener presente las cifras relativas a los accidentes de trabajo, porque si son significativas las cifras sobre negociación colectiva que anteriormente dimos, de escalofriantes podemos considerar las de accidente de trabajo. En efecto, en el año 1984 había en el Estado español un total de 10.373.600 personas ocupadas, según el Instituto Nacional de Estadística, pues bien, sobre esa cifra de población activa, se produjeron en nuestro país un total de 446.066 accidentes, de los cuales 434.560 fueron leves, 10.431 graves, y 1.075 mortales (no se incluyen en esta cifra los de "in itínere"). Dicho de otra forma, esto supone que todos los días tres trabajadores pierden la vida, como consecuencia de un accidente laboral y se producen más de 28 accidentes graves diariamente (Datos estadísticos del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo).

Pero, volviendo al planteamiento jurídico del tema, recordemos que, con anterioridad, hemos trazado la delimitación normativa del denominado deber de seguridad que en la actualidad viene recogido en los arts. 4,2,d, 5,b, 19,1 y 19,2 del Estatuto de los Trabajadores. Hemos hablado también, de cuales son las obligaciones y responsabilidades del empresario, personal directivo, técnico y trabajadores en la materia. A nuestro juicio, faltaría a continuación para clarificar el concepto del ilícito administrativo en materia de seguridad e higiene cual es la perspectiva de nuestra jurisprudencia.

Pues bien, Alonso Olea, en un artículo publicado en la Revista Civitas ha trazado las líneas maestras de nuestra jurisprudencia con respecto al deber de seguridad y vamos a tratar de resumir aquí cual es este marco jurisprudencial: (debemos advertir que todas las sentencias citadas pertenecen al Tribunal Supremo).

Es obligación del empresario "emplear todas las medidas posibles de seguridad en beneficio de sus trabajadores" (Sala 4.ª, 20-5-70 y 21-2-79).

La obligación comprende dar todas las instrucciones precisas en evitación de riesgos de accidente sin que exonere de responsabilidad al empresario la simple advertencia al trabajador de que tenga cuidado o no trabaje cuando aprecie la presencia de una condición insegura. (Sala 6.ª, 29-1-71).

La infracción de una norma de S. e H. por una de sus trabajadores se imputa a efectos de sanción administrativa al empresario. (Sala 4.ª, 26-10-77).

Respecto de las prendas o mecanismos de protección personal, la obligación del empresario no se agota con la entrega de los mismos al trabajador "sino que viene compelido a exigir su uso" (Sala 4.ª, 4-11-1970) y por consiguiente, se extiende a obligar a los trabajadores a que las lleven puestas. (Sala 6.ª, 23-5-1970).

La obligación del empresario consiste no sólo en disponer de las medidas de seguridad, sino en exigir su cumplimiento y uso, e impedir la costumbre contraria (Sala 2.ª, 4-7-1973). Quizá no se le puede imponer "una vigilancia permanente y constante de cada uno de los obreros" (Sala 1.ª, 19-11-1973), pero si la obligación de exigir de éstos "coactiva e imperativamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas" (Sala 2.ª, 9-5-77). El trabajador, en suma, debe ser defendido hasta de su propia imprudencia profesional (Sala 4.ª, 15-1-78 y 21-2-79).

Y no podíamos dar por terminada esta comunicación sin hacer referencia al artículo 348 bis, del Código Penal, ya que el título de la misma es ilícito en materia de S. e H. como presupuesto de responsabilidad penal. De todas formas, queremos advertir que la referencia al mencionado artículo es, meramente, tangencial ya que existe otra comunicación sobre el tema. Sin embargo, esta referencia es del todo necesaria porque la redacción del artículo 348 bis puede dar lugar a que la actuación administrativa en esta materia tenga que ser diferente.

El art. 348 bis establece:

"Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 ptas.".

Creemos que la gran novedad de este artículo consiste en introducir en nuestra legislación el denominado delito de peligro en materia de S. e H. Es decir, que si con anterioridad a la reforma del Código Penal de 1983, el proceso criminal

sólo se venía aplicando, en materia de S. e H. cuando había un posible delito de resultado (muerte o lesiones del trabajador como consecuencia de accidente de trabajo, art. 565, imprudencia punible) a partir de la Reforma se protege el delito de peligro, es decir, la misma seguridad en el trabajo. El bien jurídico protegido por el art. 348 de la S. e H. en el trabajo, que se convierte así en un bien autónomo acreedor de la tutela penal (Fernández Marcos).

La inclusión del art. 348 bis en el Código Penal es, a nuestro juicio, un paso positivo. Por un lado viene a equipararse nuestra legislación con las tendencias que en esta materia se dan en los países europeos y al mismo tiempo supone un mayor respaldo de la S. e H. que es lo mismo que decir, que supone una mayor protección de la salud de los trabajadores.

- Ahora bien, el comentario anterior no implica que la aplicación del art. 348 bis no vaya a suponer grandes problemas.

Se dice de la potestad sancionadora de la administración en materia de S. e H. que podía causar inseguridad jurídica porque no existe determinación de los ilícitos. Veíamos, con anterioridad, al hablar de la calificación de las faltas en leves, graves y muy graves, que dicha calificación no se hacía en virtud de que las mismas estuvieran regladas en la norma, sino en una serie de factores y circunstancias a apreciar por el órgano que propone la sanción, pues bien, este mismo problema debe plantearse en los supuestos que se inicie un proceso penal en materia de S. e H., no olvidemos que la legislación sobre esta materia es bastante confusa y se encuentra recogida tanto en disposiciones de seguridad social como en normas técnicas de industria.

Otro de los problemas, a nuestro juicio más importante, consiste en que la redacción dada al art. 348 bis, puede suponer una abstención por parte de la administración en cuanto a la vigilancia del cumplimiento de las normas de S. e H. por aplicación del principio "Non bis in idem".

El citado principio viene a establecer la prohibición de la duplicidad de sanciones administrativa y penal. "Ninguna persona puede ser sancionada dos veces por el mismo hecho".

Pues bien, este principio ha sido reconocido por la sentencia del Tribunal Constitucional de 30-1-81 en la que dice: "que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento".

En definitiva, no puede haber duplicidad de sanciones cuando exista coincidencia del sujeto, hecho y fundamento. Así, la coincidencia del sujeto responsable de la infracción se da en el supuesto que analizamos tanto si la misma se considera delito o falta administrativa, que será bien el empresario o bien la persona en quien delegue, en definitiva "los que estén obligados...".

El hecho, es el mismo, poner en peligro la vida o integridad física del trabajador con infracción grave de reglamento.

El fundamento, tanto en la sanción penal como en la administrativa es el mismo, la protección de la salud del trabajador.

Por otra parte, la sentencia del T.C. de 3-10-83, al hablar de los límites de la potestad sancionadora de la administración nos dice que son los siguientes:

a) La legalidad, es decir, que la potestad sancionadora de la administración se encuentre recogida en una norma de rango legal.

b) La interdicción de las penas de privación de libertad.

c) La subordinación a la autoridad judicial.

La mencionada sentencia establece que la subordinación de los actos de la administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial supone que en colisión de actuaciones entre ambas se deba resolver en favor de la segunda. De esta premisa, continúa la sentencia son consecuencias necesarias las siguientes:

1) Necesario control judicial a posteriori de los actos de la administración a través de recurso.

2) Imposibilidad de que los órganos de la administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.

3) Respetar la cosa juzgada.

LLevando a la práctica el punto segundo, vendría a suponer que cuando un inspector de trabajo aprecie una falta grave en materia de S. e H. en una empresa, tenga que abstenerse de actuar hasta que el juez aprecie o no la existencia de falta o delito.

El problema estaría resuelto si se trazara la delimitación entre falta administrativa y falta penal o delito. Pero, como decíamos antes, no existe ninguna disposición que marque regladamente cuando se produce una infracción grave de reglamentos.

Así queda planteado el problema, creemos que no se trata de una mera cuestión teórica sino que puede tener grandes consecuencias prácticas si la aplicación del mencionado artículo llega a suponer la abstención de la actuación administrativa.

Como argumentaciones contrarias a una interpretación amplia del ya reiteradamente citado art. 348 bis, se pueden citar a los meros efectos de discusión doctrinal:

— El Derecho del Trabajo, es un derecho especial y con carácter "tuitivo".

— La especial relación jurídico-pública de S. e H. que surge de un contrato entre dos personas, pero de la que también vela la administración.

— El procedimiento para la imposición de sanciones por infracción a leyes sociales es un procedimiento administrativo especial regido por un decreto específico, decreto 1860-75 de 10-7.

— Y como argumentación más importante, la ya apuntada de paralización administrativa.

Estas son las notas que nos pueden ayudar a situar el problema y a intentar buscar una solución, mientras no existan otros pronunciamientos legislativos o jurisprudenciales al efecto.

LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR ACCIDENTE DE TRABAJO

Dentro de los riesgos de protección por la Seguridad Social puede distinguirse entre: riesgos genéricos, en el sentido de que a ellos está expuesta toda persona, y riesgos específicos, caracterizados porque sólo son pensables respecto a los trabajadores. A este último grupo pertenece el riesgo de accidente de trabajo, tanto más, cuanto que el riesgo se ha configurado jurídicamente como una responsabilidad del empresario por el accidente que sufre el trabajador a su servicio, con lo que resulta propio de los trabajadores por cuenta ajena al exigir una relación que tenga por sujetos a trabajador y empresario, esto es, un contrato de trabajo.

A tenor del art. 84.1 de la Ley de Seguridad Social se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por conse-

cuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, este precepto define el accidente de trabajo a través de tres elementos: lesión, trabajo y relación entre lesión y trabajo. La lesión corporal, en que el accidente de trabajo consiste, produce un daño físico al trabajador, siendo la magnitud del mismo, la determinante de la medida de la responsabilidad. Existen dos criterios básicos con los cuales el derecho positivo puede enfrentarse con el problema de evaluar los daños físicos producidos por el accidente de trabajo: el de la severidad fisiológica de la lesión y del de los efectos de la lesión sobre la capacidad para el trabajo del accidentado. Nuestra legislación combina ambos criterios básicos para evaluar los daños físicos.

IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD

Si existe accidente, y éste ha producido una incapacidad, surge la responsabilidad del empresario. Las cuestiones esenciales que, la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo plantea, son las dos siguientes:

— Por qué es responsable el empresario; cuál es el fundamento jurídico de su responsabilidad.

— De qué es responsable el empresario; cómo se fija el alcance de su responsabilidad:

A) El fundamento de la responsabilidad:

a) Doctrina de la culpa. La responsabilidad extracontractual por acto propio, a la que se refiere el art. 1.902 del Código Civil, es una responsabilidad basada en la culpa. Sin embargo, la aplicación de la doctrina de la culpa era inviable, en primer lugar, por las grandes dificultades de la prueba, pero, sobre todo, porque el elemento culpa no existe en la mayoría de los accidentes, suelen ser típicos casos fortuitos.

b) El riesgo profesional, la mutación en el enfoque de la responsabilidad por accidentes de trabajo ocurre cuando la doctrina civil continental, a fines del siglo pasado, lanza al mercado jurídico la tesis de la responsabilidad objetiva. Nuestra legislación de accidentes, desde su iniciación moderna en 1900, se apoyó en la doctrina del riesgo profesional y en ella sigue, substancialmente, descansando: accidente de trabajo es la lesión física sufrida con ocasión o por consecuencia del trabajo y de ella es responsable el empresario por el mero hecho de su ocurrencia.

c) Superación de la doctrina del riesgo. Como fundamento de la responsabilidad patronal por accidente de trabajo, la doctrina del riesgo tiende a ser desbordada en cuanto se imputen al empresario siniestros no derivados del funcionamiento de su empresa. Así, la admisión de la fuerza mayor y del acto de tercero extraño junto al caso fortuito y la admisión de los accidentes ocurridos al ir y venir del trabajo, junto a los acaecidos en el trabajo mismo, significa la superación de la doctrina del riesgo profesional.

Ambas teorías han sido superadas. Ocurre que ya no se cambia la causa de imputación (como ocurrió al pasar de la doctrina de la culpa a la del riesgo), sino que se cambia también el sujeto al que se imputa la responsabilidad.

Lo que se ha superado, en una palabra, es la doctrina de la responsabilidad para sustituirla por la de la solidaridad de los miembros de la comunidad, ante los siniestros que algunos de ellos padezcan.

B) Extensión de la responsabilidad. Cuando una responsabilidad extracontractual es imputable a una acción u omisión voluntaria o negligente, no hay ningún principio jurídico estricto en virtud del cual puedan ni deban ponerse límites

a la indemnización debida por el responsable. Cuando la responsabilidad se basa en el acaecimiento de un hecho desgraciado, no imputable específicamente al dolo, culpa ni negligencia de nadie, o no imputable a la persona a la que prima facie se hace responder, el mismo juego jurídico que imputa el riesgo a persona determinada lleva a la tasación de su responsabilidad: la responsabilidad por riesgo objetivo, mucho más por riesgo generalizado o social, tiende a ser limitada.

En nuestro derecho vigente, la tasa de la responsabilidad viene desarrollada por la Ley General de la Seguridad Social y normas complementarias, comprendiendo las siguientes prestaciones:

a) Asistencia sanitaria.
b) Prestaciones recuperadoras.
c) Indemnizacions económicas por:
1) Incapacidades:
— Incapacidad Laboral Transitoria.
— Invalidez provisional.
— Incapacidad permanente parcial.
— Incapacidad permanente total.
— Incapacidad permanente absoluta.
— Gran invalidez.
— Lesiones residuales no invalidantes.
2) Muerte:
— Subsidio por defunción.
— Indemnización del viudo/a.
— Pensión de viudedad vitalicia.
— Pensión de orfandad.
— Pensión en favor de determinados familiares.
3) Recargo de las prestaciones de un 30-50% cuando la lesión se produzca como consecuencia de una infracción en materia de seguridad e higiene.

BIBLIOGRAFIA:

ALONSO OLEA, A. "El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia". Revista Cívitas, enero-marzo 1981.

ARROYO ZAPATERO, L. "La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo". Revista del Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el trabajo.

BORREGO CASTAÑO, R. "El deber de seguridad del técnico". Revista del Instituto Nacional de S. e H. en el trabajo.

DE LA VILLA, L.E. y PALOMEQUE, C. Lecciones de Derecho de Trabajo. Instituto de estudios laborales, 1977.

DE LAS HERAS BORREGO, F.M. "Responsabilidad civil, penal y administrativa por incumplimiento de la normativa de S. e H.". Revista de Política Social, abril-junio 1980.

FERNANDEZ MARCOS, L. La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público. Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1975.

FERNANDEZ MARCOS, L. "La seguridad e higiene en el trabajo ante la reforma del Código Penal". Revista de Política Social, octubre-diciembre 1983.

GOERLICH PESET, J.M. "Aproximación al estado de la seguridad e higiene en la negociación colectiva". Revista de Política Social, julio-septiembre 1984.

PALOMEQUE, C. Derecho del trabajo e ideología. Akal universitaria, 1980.

RODRIGUEZ GARCIA, A. "Ponencia sobre la Inspección de Trabajo y la seguridad e higiene", Segundas jornadas técnicas de la Inspección de Trabajo.

RODRIGUEZ SANUDO, F. "Sobre la negociación colectiva en materia de seguridad e higiene en el trabajo". Nota en el Boletín informativo de la Inspección de Trabajo.

SOMOZA ALBORDONEDO, F. El Estatuto de los Trabajadores. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1983.

VARIOS. El Estatuto de los Trabajadores. Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, Editoriales de Derecho Reunidas. 1981.

ANEXO

— Ley General de la Seguridad Social (texto Refundido) aprobado por Decreto 2065/74-30-5, art. 93,186 a 192.

— Real Decreto 1995/78-12-5 por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales.

— Decreto de 23-8-1934. Reglamento de Policía Minera, reformado y completado por el Decreto 22-12-1960.

— O.M. 20-1-1965. Reglamento de seguridad en los trabajos en cajones de aire comprimido.

— Decreto 26-7-1957 sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores de 18 años (en lo no derogado por discriminación por razón de sexo).

— O.M. 28-1-58. Trabajo de los menores de 18 años en minas.

— O.M. 2-6-61. Prohibición de carga a brazo de pesos superiores a 80 kg.

— Decreto 30-11-1961. Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

— Decreto 2-5-1968. Resuelve conflictos de atribuciones en materia de seguridad e higiene entre el Ministerio de Trabajo y el de Industria.

— O.M. 17-8-1970. Reglamento de alojamiento a bordo de buques pesqueros.

— O.M. 6-2-1971. Reglamento de seguridad e higiene en bienestar de los estribadores portuarios.

— O.M. 19-1-1973. Sobre reconocimiento de los menores de 21 años para el empleo de trabajos subterráneos en minas y canteras.

— Decreto 31-10-1975. Industria, aprueba el reglamento de seguridad e higiene en refinería de petróleos y parques de almacenamiento.

— O.M. 30-8-1982. Instrucción complementaria relativa a las refinerías de petróleos y plantas petroquímicas.

O.M. 23-5-71. Reglamento de aparatos elevadores para obras.

— Real Decreto 29-6-79. Reglamento de transportes de mercancías peligrosas por carretera.

— R. Decreto 5-3-1982. Reglamento de transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril y normas complementarias.

— R. Decreto 17-3-1982. Determina la estructura y competencias del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo.

Capítulo VII del Reglamento General de Seguridad e Higiene en el trabajo aprobado por O.M. 31-1-1940.

— O.M. 26-8-1940. Sobre iluminación en los centros de trabajo.

— O.M. 19-9-45. Condiciones higiénicas del trabajo en la industria del esparto.

— O.M. 28-8-1970. Ordenanza del trabajo en la construcción. Capítulo XVI.

— Decreto 21-7-1972, R. Decreto 12-8-1982. Reglamentos sobre instalaciones radiactivas y sobre protección sanitaria de centros de radiaciones ionizantes.
— O.M. 14-9-59 y Resolución 15-2-1977 sobre empleo del benceno.
— O.M. 19-7-82 y Resolución de 30-9 sobre manipulación del amianto.
— R. Decreto 2-3-1978. Reglamento de explosivos modificado por R.D. 18-4-1980 y R.D. 24-7-1981.
— R. Decreto 8-9-1977 sobre plantas e instalaciones frigoríficas, modificado por R.D. 13-3-1981.
— R. Decreto 8-9-1977 sobre plantas e instalaciones frigoríficas, modificado por R.D. 13-3-1981.
— O.M. 30-10-1970. Reglamento de centros de almacenamiento y distribución de gases licuados de petróleo envasado, modificado por O.M. 17-3-81.
— R. Decreto 4-4-79. Reglamento de recipientes a presión, modificado R.D. 15-1-82.
— O.M. 28-1-1981. Normas sobre seguridad en tractores agrícolas.
— O.M. 30-6-1966. Reglamento de aparatos elevadores, modificado por O.M. 20-11-73, O.M. 20-7-76, 31-3-81, 7-4-81 y 16-11-81.
— Decreto 28-11-1968. Reglamento de líneas aéreas de alta tensión.
— O.M. 11-2-1971. Reglamento de estaciones de transformación de energía eléctrica.
— Decreto 20-9-1973. Reglamento electrónico de baja tensión.
— Decreto 10-6-1959. Reorganización de los servicios médicos de empresa.
— O.M. 21-11-59 y 9-12-59. Reglamento de los servicios médicos de empresa.
— Decreto 8-6-1938 y O.M. 30-6-38 sobre comedores para trabajadores.
— Decreto 11-5-1971 sobre comités de seguridad e higiene.
— O.M. 20-12-1971 sobre apertura de centros de trabajo.
— O.M. 17-5-74 sobre homologación de medios de protección personal.

Hasta febrero de 1983 se habían aprobado un total de 28 normas técnicas reglamentarias.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

VIRTUALIDAD PRACTICA DEL ARTICULO 348 BIS A)

José María MENA ALVAREZ
Profesor Titular de Derecho Penal de
la Universidad Central de Barcelona
Fiscal de la Audiencia de Barcelona

El propósito de estas consideraciones es el de responder a las preguntas que podría formularse el ciudadano "de a pie", si leyera el artículo que nos ocupa. ¿Es necesario un precepto así? ¿su texto es el adecuado a su supuesta necesidad? ¿en su vigente literalidad, es aplicable? ¿es, en resumidas cuentas útil y eficaz?.

I

1.—La primera cuestión planteada, en el intento de respuesta al bloque de preguntas que nos formulamos en nombre del hipotético y sufrido "hombre de la calle", conecta con el problema de política criminal que subyace en el artículo 348 bis a).

No debemos entretenernos ahora en el debate, nunca concluido, de los fines de la pena, ni para decantarnos en favor de la supuesta prioridad de cualquiera de ellos, ni para formularles críticas, en este momento inoportunas. Debemos partir, como dice GARCIA ARAN (1) del reconocimiento de la real presencia de las distintas finalidades de la pena en nuestro sistema. Otra cosa es su más que probable confluencia o combinación, reconocida por la mayoría de los autores (2).

Nos interesa, aquí, centrar la atención en el objetivo de prevención especial del artículo 348 bis a), en tanto que "interiorización" en los ciudadanos destinatarios de su conminación, de las reglas ético-sociales imprescindibles para la convivencia, siguiendo el criterio de ROXIN (3).

Desde este punto de vista nos interesará indagar si realmente el precepto que analizamos es portador de una capacidad de eficacia preventivo-general, o

---

(1) GARCIA ARAN, Mercedes. Los criterios de determinación de la pena en Derecho Español. Edicións de la Universitat de Barcelona - 1982, pág. 110.

(2) MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Bosch - 1975, pág. 36.

(3) ROXIN, Claus. Iniciación al Derecho Penal de hoy. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones - 1981, pág. 144.

si cumple tan sólo funciones de "apellfunktion" o llamada de atención suplementaria, o si simplemente es un preceoto "ad exhibendum".

Los datos concretos de que podemos servirnos para este cálculo son los derivados del análisis comparativo de las penas de diversos tipos penales de peligro; y los derivados del reflejo práctico del precepto, plasmados en las estadísticas del Fiscal General del Estado.

Cabría formular la tésis de que los delitos de peligro abstracto, como delitos de mera actividad (4) son merecedores de menor sanción que los delitos de peligro concreto, en cuanto estos son delitos de resultado, por más que sea un resultado de simple riesgo (5). En efecto, existen dos bienes jurídicamente protegidos, que son claramente distinguibles. Uno es el correspondiente a los derechos objeto de tutela penal tradicional, como la integridad física, la libertad sexual, la propiedad, etc. Otro, distinto, es el pacífico disfrute de tales derechos. Cabe conservar los primeros, y perder el segundo. Así ante un delito de peligro concreto se mantendría la integridad física, la libertad sexual, la disposición de los bienes propios, pero se sufriría el temor por su previsible pérdida. Los aludidos bienes estarían en peligro. El bien jurídico de su pacífico disfrute habría sido afectado.

Aceptando esta tesis, nos apartamos del criterio germánico de peligro, que según ESCRIVA (6) tan sólo requiere como elementos la probabilidad y lesividad del resultado, y nos aproximamos a la concepción "italiana", que entiende que es imprescindible, sobre todo, la temibilidad del efecto lesivo, hasta el extremo que ROCCO (7) concibe estos delitos como delitos "de amenaza".

2.—Si nuestro artículo 348 bis es un delito de peligro concreto, como parece deducirse de su texto, y señalan los que lo han analizado (8), no bastaría, según lo dicho, con la probabilidad y lesividad del riesgo contra la vida e integridad física de los trabajadores. Con arreglo al criterio aceptado, sería necesaria la temibilidad del peligro concreto, es decir, la pérdida del pacífico disfrute de la integridad física en el trabajo, que es, como mantiene ARROYO, un bien distinto de la propia integridad física (9).

Este argumento parece chocar con los supuestos de asunción del riesgo por parte de los propios trabajadores afectados, presuntas víctimas, derivada del hábito o acostumbramiento, la monotonía o los ritmos de trabajo impuestos pero aceptados, o por simples causas culturales. A estas conductas, objetivamente confluyentes hacia el resultado lesivo, y por tanto portadoras de "peligro concreto" generado por la propia víctima, denomina ARROYO "imprudencia laboral" (10). En estos supuestos parece desaparecer la temibilidad del riesgo, al ser asumido por la víctima. Sin embargo, esta conclusión es falaz. La vida y la integridad

---

(4) MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Promociones Publicaciones Universitarias - 1984, pág. 171.

(5) BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ariel-Derecho - 1984, pág. 191.

(6) ESCRIVA GREGORI, José M.ª. La puesta en peligro de bienes jurídicos. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona - 1976, pág. 19.

(7) ESCRIVA. ob., cit., pág. 40.

(8) ARROYO ZAPATERO, Luis. Delitos contra la Seguridad en el trabajo. Comentarios a la legislación Penal. Revista de Derecho Público. Tomo V, volumen 2. Edersa - 1985, pág. 858.

(9) ARROYO. ob. cit., pág. 860.

(10) ARROYO ZAPATERO, Luis. La protección penal de la seguridad en el trabajo. Servicio Social de Seguridad e Higiene en el Trabajo - 1981, pág. 180.

física son, desde luego, disponibles por sus titulares. Ni el suicidio, ni la autolesión son punibles (11). Pero el legislador pone gran cuidado en disuadir a terceros de participar en estas conductas tipificando el auxilio al suicidio, y negando relevancia al consentimiento de la víctima en el delito de lesiones que se produzca contra ella (12). Esto significa que el legislador estima que la vida y la integridad física son bienes merecedores de tutela al margen del valor que le merezcan a su titular. Esta valoración autónoma, dada por el legislador, es expresión de un determinado nivel cultural general. Es este nivel cultural el que mide y valora el pacífico disfrute de la integridad física y de la vida de los conciudadanos. El peligro concreto asumido por el trabajador es merecedor de valoración negativa para las pautas culturales que son, sin duda, las que señalarán la presencia de la "temibilidad", con arreglo a criterios objetivos, al margen de la víctima. Además, el origen de dicha asunción del riesgo, por su raíz social, cultural y laboral, es previsible para quien tiene la función de garante de neutralizarla. Así pues, el "autoriesgo", lejos de romper el nexo causal entre la conducta inicial y el resultado de peligro concreto, constituye la expresión material de este resultado, concurriendo en él tanto el valor cultural de temibilidad, como el de previsibilidad (12 bis).

Desde otra perspectiva había abordado el mismo problema Roxin (13) cuando investigaba el límite de la responsabilidad del autor imprudente en los supuestos en que la víctima se hubiera expuesto voluntariamente al riesgo. Basándose en la idea del fin de la norma, establecía que el fin de la responsabilidad se encontraba en el punto en que no le estuviera permitido al autor oponerse a la acción del causante del daño.

Con estos argumentos podemos volver al tema que nos ocupa, formulado, con palabras de Roxin, como "puesta en peligro de tercero aceptada por este". El citado autor se refiere al ejemplo del ocupante del asiento trasero de la motocicleta, conducida por otro con temeridad que el primero acepta. Con arreglo al criterio antes señalado, Roxin, niega la responsabilidad para el conductor temerario, por el peligro producido al acompañante, cuando este peligro, aceptado, equivalga plenamente a la autopuesta en peligro.

Es necesario convenir que en la esfera del trabajo asalariado no se da una aceptación de la situación de riesgo de similar índole. No nos encontramos en el exterior de los límites de la responsabilidad en supuesto de aceptación del riesgo por la propia víctima, según estudió Roxin. Estamos, por el contrario, en un claro supuesto de responsabilidad criminal del generador del peligro.

Así pues, nuestro precepto contiene un delito de peligro concreto, o sea, de resultado de peligro para los trabajadores concretos. Se trataba de comprobar si esta especie de delitos de peligro está penada con mayor rigor que los delitos de peligro abstracto, en los que no hay riesgo inminente para víctimas concretas, por ser tipos de mera actividad de la que el legislador presume, "iuris et de iure" su capacidad de generar riesgo.

3.—Debe señalarse, en primer lugar, que el legislador no establece dos niveles punitivos en función del peligro abstracto o concreto, por más que ello

---

(11) La excepción del art.° 425 "para eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento", confirma el criterio general.

(12) Artículos 409 y 428.

(12 bis) Sobre la interacción de la víctima en el delito, ver Detler Krauss. "La víctima del delito en el proceso penal". En Dei delitti e delle pene. Mayo-Junio - 1983, pág. 289.

pudiera tenerse por adecuado, según las anteriores consideraciones. Cabe pensar que el legislador castiga con pena de Arresto Mayor, o multa, o con ambas, los supuestos en que el peligro, abstracto o concreto, afecta solamente a una persona; y que cuando afecta a una colectividad la pena es de prisión menor, o incluso superior.

Pero este razonamiento tampoco encaja en el sistema punitivo del delito de peligro de nuestro Código. Así, por ejemplo, la puesta en peligro de la salud o moralidad de un menor ocasionada por su entrega a terceros por el encargado de su guarda (Art.º 489, 2.º) se castiga con arresto mayor y multa. La omisión del deber de socorro a una persona, que se hallare en peligro manifiesto y grave, está penada con arresto mayor o multa (13) en el artículo 489 bis. Por otra parte, en los delitos de incendios, con riesgo de propagación (art.os 556, 549 y 553) o, en la propagación de enfermedades contagiosas a las personas (art.º 348 bis) la pena es de prisión menor, o incluso superior a ésta. Y este esquema, que sería adecuado al criterio antes expuesto, quiebra precisamente con el delito ecológico y el que castiga el peligro concreto a los trabajadores. En efecto el artículo 347 bis, creado por la reforma del Código Penal de 25 de Junio de 1983 (14) impone pena de arresto mayor al autor del delito ecológico con resultado de "peligro grave para la salud de las personas" entre otros. Del mismo modo el artículo que nos ocupa, el 348 bis a), castiga con pena de arresto mayor o multa. No es fácil encontrar una razón coherente para justificar el "cuantum" de la reacción punitiva de la reforma de 1983 en tipos de peligro concreto y afectante a pluralidad de personas, que tan manifiesta trascendencia social. Con ello concluimos la primera cuestión que nos había planteado: la capacidad preventivo-general del artículo 346 bis a) no es, por comparación con otros tipos de peligro, particularmente elevada, sino del nivel mínimo de cuantos contiene el Código, sin que sea posible afirmar que ello obedece a una jerarquización u ordenación de bienes tutelados por su valor, ya que no es posible encontrar un criterio generalizado de explicación de las diferencias entre las penas.

Se ha afirmado que la pena, evidentemente benigna, no está desprovista de capacidad intimidante, pues puede ejecutarse. Ello es cierto. Pero también lo es que no hay razón legal para ejecutar la pena corta de prisión del artículo que nos ocupa con más ahinco que las de igual duración previstas para otros delitos. La remisión condicional de la pena debe aplicarse con criterios objetivos homogéneos. No parece razonable encomendar a un inexplicable rigor judicial la compensación de una inexplicable benignidad legislativa.

Estamos, lisa y llanamente, ante una normal pena corta de prisión, por voluntad del legislador. Surge, una vez más, el cúmulo de problemas derivados de la probada ineficacia de esta clase de penas. Y nuevamente nos encontramos con una actitud legislativa sintomática. No se han ingeniado sustitutivos penales ni medidas de seguridad.

---

(13) Claus Roxin. Problemas básicos de derecho penal. Ed. Reus Madrid 1976. Pág. 174.

(13 bis) Evidentemente este no es un delito de peligro, pues este es anterior a la omisión punible pero la medida del reproche que valora la pena parece lógica que atienda, además de a la insolidaridad de la conducta, a la conservación del peligro.

(14) RODRIGUEZ RAMOS, Luis. "Delitos contra el medio ambiente". En Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público. Tomo V, volumen 2. Edirsa - 1985, pág. 839, describe y analiza la penalidad y los delitos ecológicos agravados. En revista Jurídica de Cataluña, n.º extraordinario 1980, pág. 138. "La ecología como bien jurídico protegido". J.M.ª Mena. Se analizan los efectos y posibilidades de eficacia de las penas en este delito.

No se encuentra un argumento coherente para razonar la ausencia, en el artículo 348 bis a) de una medida similar a la del artículo 347 bis de "clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores", máxime cuando en el estatuto de los Trabajadores se concede una facultad similar a la administración en caso de grave peligro.

Conectando con esta ausencia, poco razonable en apariencia, de instrumentos eficaces de reacción punitiva, renace el viejo problema de encontrar el instrumento idóneo represivo frente a estas conductas de "cuello blanco". Bricola, en 1977, ya había propuesta una especie de "probation" condicionada al cumplimiento de la obligación de eliminar el peligro criminal (34). Posteriormente (35) elabora una nueva concepción de la restitución configurándola en el sentido de eliminación de las consecuencias dañosas del delito. Téngase presente que en el delito del artículo 348 bis a) —que es delito de resultado de peligro concreto— la consecuencia del delito es el mismo peligro, y sería por tanto este lo que debería ser eliminado. También propone una peculiar inhabilitación especial "que golpee a los transgresores de las normas en materia de seguridad en el proceso productivo".

4.—El otro criterio para la medición de la capacidad preventivo-general del artículo 348 bis a) lo cifrábamos en el reflejo práctico del precepto en las estadísticas que el Fiscal General del Estado recoge en sus Memorias Anuales. Dada la fecha de nacimiento del precepto tan sólo disponemos para ello de la Memoria de 1984.

Debe decirse, en primer lugar, que la referida Memoria no contiene ningún epígrafe que reuna los datos de los delitos cometidos en España, del artículo 348 bis a). Pero ello no debe extrañar. Tampoco existe epígrafe relativo al artículo 499 bis "contra la libertad y seguridad en el trabajo", ni relativo al 427 "quebranto en la salud o integridad física de los trabajadores". Este último, en cuanto delito doloso de lesiones (15), sólo tiene su reflejo estadístico, para la Fiscalía, en el conjunto de los delitos de lesiones.

No conviene, sin embargo, deducir de todo ello ninguna conclusión, porque los criterios de la Memoria no siempre alcanzan todos y cada uno de los tipos penales vigentes. Y aunque esto es lógico, lo sorprendente es que mientras los delitos referidos, contra los trabajadores, no están previstos ni contemplados en las citadas estadísticas, lo están, sin embargo, el delito de basfemia, con una cifra de 19 cometidos en España en 1983, y el delito fiscal, de distinta trascendencia social que el de blasfemia, sin duda, pero de pareja trascendencia escasa desde el punto de vista estadístico, pues tan sólo se iniciaron 14 causas por tal delito en España en 1983. Y, todavía más, no cabe buscar interpretaciones de criterios en la formulación de los cuadros estadísticos, ni siquiera interpretaciones críticas. Piénsese que el delito de violación no está contemplado con autonomía, sino incluído en el capítulo general de delitos contra la honestidad. Así las cosas se ha de comprender que la ausencia de atención al precepto que estamos analizando, en las estadísticas de la Fiscalía General del Estado, no debe ser fuente de preocupaciones.

Es clásico, en el estudio de los datos estadísticos de las causas por delito contra la integridad física de los trabajadores, atender a la cifra de la Memoria de la Fiscalía General del Estado bajo el epígrafe "Imprudencia. No tráfico". Bajo

---

(15) ARROYO. La protección penal de la seguridad en el trabajo. Pág. 242.

esta rúbrica, sin embargo, se engloban conductas culposas de la más diversa índole, sin más denominador común que el excluyente de ser todas ellas ajenas al tráfico rodado de vehículos de motor. Por tanto, las imprudencias punibles en el ejercicio de la medicina, y sanitarias en general (16) están incluidas en la cifra global de "imprudencia-no tráfico". Y también lo están los resultados lesivos causados por negligencia, en la propia actividad laboral, cuando no afecten a los trabajadores sino a terceros ajenos a la relación laboral (usuarios de lo producido, viandantes, etc.).

Es claro, por tanto, que el epígrafe es desafortunado e insuficiente. Y denota, como en los otros epígrafes antes criticados, una constante estimación del trabajador, en tanto que portador de un bien jurídico específico y diferenciado, como un concepto escasamente relevante, no merecedor de atención estadística particular en ninguno de los supuestos en que, con arreglo a los tipos penales vigentes, podría serlo.

No obstante, y teniendo siempre presentes las salvedades referidas, como sustraendos de las cifras que hemos de exponer, conviene aventurar algunas consideraciones sobre los datos que ofrecen las comentadas estadísticas.

El epígrafe "imprudencia-no tráfico" de la estadística de la Fiscalía General del Estado de 1984 arroja una cifra de cusas iniciadas por tal concepto, por el trámite de Diligencias Previas, de 2.929, más 130 iniciadas por el de la Ley 10/80, de "Delitos dolosos menos graves y flagrantes" (17). Esta cifra global de tres mil actuaciones penales incoadas por imprudencia en el trabajo y otras relaciones sociales no automovilísticas, es desde luego inferior, notoriamente, a las cifras que arrojan otras fuentes de información, fundamentalmente laborales. Pero es necesario distinguir las causas incoadas de las proseguidas, pues la mayoría se concluyen por no constituir delito el hecho, o por no constar el autor. Así, tan sólo alcanzaron el trámite de Diligencias Preparatorias un total de 370 (de ellas, 162 en Barcelona; 14 en Madrid; 7 en La Coruña, por ejemplo). Y por el trámite sumarial de urgencia, que en principio abarcará a las imprudencias temerarias con resultado de muerte o lesiones de máxima gravedad, se siguieron, en 1983, un total de 222 actuaciones (de ellas 56 en Barcelona; 28 en Madrid; 15 en La Coruña; 22 en Sevilla, etc.). Obsérvese que las causas proseguibles son, en total, 592, con lo que restan 2.467 causas incoadas y no proseguidas.

No sabemos si las imprudencias que nos ocupan reciben o no un tratamiento proporcional de admisión similar al de otras imprudencias. Supongamos que sí. En tal caso deduzcamos el sustraendo anteriormente comentado de conceptos ajenos a la tutela específica de los trabajadores, y podremos afirmar, sin precisiones, pero sin temor a grandes errores, que la protección penal práctica, plasmada en causas penales seguidas contra conductas negligentes y nocivas para su integridad física, es manifiestamente mínima.

Esta necesaria conclusión, nacida de la observación de los delitos de resultados lesivos, debe trasladarse a los delitos de resultado de peligro que son los que ahora nos ocupan, pues debemos recordar que hemos desviado nuestra atención hacia los delitos de imprudencia tan sólo porque no hay datos relativos

---

(16) ROMEO CASABONA, Carlos M.ª. El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal). Bosch - 1981. Analiza los problemas que plantea la actividad curativa, y sus posibles negligencias.

(17) La razón por la que los delitos culposos se puedan perseguir por este trámite, cuyo título y contenido los excluye expresamente, da lugar a consideraciones que exceden de este trabajo.

al artículo 348 bis a), de orden estadístico, y parecía que solamente cabía deducir los criterios prácticos de la trascendencia judicial de dichas conductas por comparación o aproximación con las de resultado no sólo de lesión potencial, que es el peligro concreto, sino también de lesión real.

Si recogemos ahora las dos conclusiones que hemos formulado, observaremos que, por un lado, la prevención general que contiene el artículo 348 bis a) es de mínimo nivel, en el orden de las que por delito de peligro ordena nuestro Código; y por otro lado, esa escasa capacidad disuasoria, se aplica en mínima proporción de casos, en relación con los supuestos no sólo de peligro, sino incluso de lesión. Es claro que ambas estimaciones de mínima disuasión y aplicación significan una más que mínima conminación general del precepto.

II

1.—En estas condicions es oportuno volver a la cuestión, ya propuesta, de si el artículo 348 bis a) contiene una indicación conminatoria de disuasión, una indicación suplementaria de "apellfunktion", o una simple función "ad exhibendum".

La primera posibilidad está claramente descartada por los datos ya comentados. Resta analizar las otras dos.

El cometido de indicación suplementaria, o doble llamada de atención sobre una conducta, ya tipificada por el Código, se otorga a preceptos de conducción del comportamiento social, por medio de la disuasión o la conminación.

Así por ejemplo, el artículo 427, relativo a las lesiones de los artículo 420 y 422 producidas a los trabajadores, según BAJO (18) tiene tan sólo esa misión de "apellfunktion" porque la conducta lesiva y la pena ya están previstas en los tipos generales de lesiones. Tal cometido no se otorga, desde luego, al artículo 348 bis a) porque describe y sanciona una conducta que no aparece como encajable en ningún otro tipo penal. En efecto, tan sólo el tipo que nos ocupa reúne la descripción específica de la obligación de garante, la del resultado de peligro concreto, y de la relación de causalidad entre este y la producción voluntaria de aquella omisión.

Acumulando conclusiones, podemos afirmar que el artículo 348 bis a) no es portador de una singular eficacia preventivo-general, que alcance el nivel medio de los tipos de su clase en nuestro Código, ni contiene una misión de política criminal complementaria o "apellfunktion". Nos queda indagar si el precepto tiene una función "ad exhibendum", simplemente, porque lo que debe rechazarse por absurdo, es que el tipo penal se haya alojado en el Código sin ninguna voluntad jurídica ni político-criminal.

2.—Los tipos penales, en general, se encuentran en los Códigos para conseguir un efecto específico en la esfera de las relaciones penales producidas o por producir. Derivado de este efecto, la presencia del tipo penal produce un efecto más allá de los eventuales autores futuros del delito a quienes va dirigida la prevención general. El conjunto social de las eventuales víctimas, individuales, colectivas o titulares de unos intereses generalizados que SGUBBI denominó "interessi diffussi" (19), reacciona frente al delito y frente a las conductas tipificadas

---

(18) ARROYO. Revista de Derecho Público. Tomo V, volumen 2, pág. 928, critica la posición de Bajo Fernández en "Derecho Penal Económico". Madrid - 1978, pág. 451.

(19) SGUBBI, Filippo. La questione criminale. 1975, n.° 3, pág. 439. Ver comentario sobre el titular colectivo y consciente de los delitos en "La ecología como bien jurídico protegido". Ob., cit., págs. 135 y 136. La diferencia con el Delito-masa, en "Delito continuado". Fernando Díaz Palos. Comentarios a la legislación Penal. Tomo V, volumen 1, pág. 482.

con posiciones colectivas de reproche, en ocasiones portadoras de actitudes retributivas, defensistas y hasta vindicativas.

El Estado capta este criterio de reproche y lo traduce, si procede, en tipos penales, para que los sectores sociales afectados se sientan representados y tutelados por el poder punitivo estatal. De este modo se opera una disuasión respecto de cualesquiera comportamientos vindicativos o defensistas privados, cumpliendo un clásico principio del Estado moderno, y se produce, a través de los órganos legislativos, un encauzamiento democrático de aquellos juicios de reproche social.

A este razonamiento, voluntariamente esquemático dada la extensión de este trabajo, debe añadirse el dato de que los criterios de valoración social no son homogeneos. La exigencia de reacción punitiva, o de tipificación, no son generalizadas socialmente. Estratos culturales y económicos, clases sociales, grupos generacionales, discrepan en su estimación y reproche de determinadas conductas. Tan sólo tendrán incidencia, para traducir su valoración negativa en tipo penal, los bloques sociales dominantes y los que constituyen su apoyo (20). Los trabajadores, como tales, han tenido una incidencia tardía e insuficiente en las leyes penales para la protección de sus derechos, como ha puesto de manifiesto rotundamente ARROYO (21).

Pues bien. Los tipos penales que, sin otro objetivo jurídico ni misión político-criminal, quedan reducidos a ser portadores de una función "ad exhibendum", pretenden tan sólo, o alcanzan tan sólo, el objetivo de disuasión, para las eventuales futuras víctimas, y no para los autores.

La verdadera incidencia de estos preceptos es la de la neutralización de la dinámica social que deriva del juicio de reproche social de los sectores huérfanos de incidencia en la producción legislativa. por eso los tipos penales "ad exhibendum " florecen en los cuerpos legales autoritarios, siempre portadores de preceptos accesorios paternalistas, "compensadores" de la indefensión forzosa que imponen a la dinámica social. Este es el origen de nuestro artículo 348 bis a) como ha puesto de manifiesto ARROYO (21 bis).

Por ello, podemos llamar a estos tipos, peyorativamente, "ad exhibendum", por cuanto constituyen una simple fórmula de presentación y cobertura que permitirá la permanencia, impune en la práctica, de los comportamientos mismos que describen. Es sin duda a esto a lo que se refiere HASSEMER (22) cuando habla de la mera función simbólica del Derecho Penal como muestra de la presencia del Derecho Penal ante la exigencia del interés socializado de las víctimas y su entorno, poniendo ejemplos como la muerte de un taxista, o los delitos de terrorismo que desencadenan exigencias de máximo rigor incluso alcanzando limitaciones a los derechos constitucionales que ofrecen "serios reparos de constitucionalidad pese a que los bien informados saben que ello no comporta especial efecto". Estos tipos penales tienden, según el citado autor, por tanto, a "transmitir la apariencia de efectividad y protección social". Si a esta descripción añadimos el efecto disuasorio frente a la dinámica social que antes hemos apuntado, tendremos los ingredientes de lo que podemos denominar un tipo penal,

---

(20) POULAUTZAS, Nicos. Poder político y clases sociales en el Estado Capitalista. Ed. Siglo XXI - 1973, págs. 295 y ss.

(21) ARROYO. La protección penal de la seguridad en el trabajo. Ob., cit., pág. 15.

(21 bis) ARROYO. Delitos contra la seguridad en el trabajo. Ob. cit., pág. 846.

(22) HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Bosch 1984, pág. 95.

"solamente ad exhibendum". Y esta es, sin otra solución posible, la categoría que merece el artículo 348 bis a).

III

1.—Otro bloque de preguntas, de los que nos formulábamos en nombre del sufrido "hombre de la calle" es el relativo a la aplicabilidad práctica del artículo 348 bis a), en función de su estructura vigente, a partir de su literal contenido, y en relación con otros preceptos colaterales.

Con harta frecuencia los comportamientos omisivos del artículo 348 bis a) (no exigir o no facilitar los medios; no procurar las condiciones: para asegurar la actividad laboral con las medidas exigibles de seguridad e higiene en el trabajo. Y, además, no atenerse, gravemente, a las correspondientes normas reglamentarias), ocasionan una pluralidad de resultados.

El precepto se refiere en plural a los trabajadores. De ello puede deducirse que la reacción punitiva es la misma con independencia de que el resultado de peligro concreto afecte a uno o varios trabajadores. Pero esta afirmación no es pacífica. El artículo 69 bis, nacido con la reforma del Código Penal de 1983, contiene una descripción del delito continuado que conviene atender: "El que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión realizara una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos o infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales". Si bien la expresión "plan preconcebido" parece acotada a un dolo específico que abarca incluso a la pluralidad del resultado, y la previsión de que "hubiera perjudicado a una pluralidad de personas" —con que se describe el "delito-masa"— no es aplicable en el tema que tratamos, porque se circunscribe a las infracciones contra el patrimonio, sin embargo la expresión "aprovechando idéntica ocasión" nos es claramente válida. En efecto DIAZ-PALOS (23) razona rotundamente, basándose en CASTIÑEIRA y en ONECA, que el delito continuado, en esa modalidad de aprovechamiento de idéntica ocasión, es susceptible de ser cometido por culpa, con base en el criterio causalista de la "homogeneidad de la culpabilidad" del clásico profesor ONECA, y con el respaldo de la inaugural sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 1983.

Si disponemos de base dogmática y jurisprudencial para sostener que el artículo 69 bis es susceptible de apreciación en supuestos de conducta continuada negligente productora de efecto lesivo tangible, no parece inadecuado afirmar que, por igual razón, ha de abarcar a comportamientos de los que tan sólo resulte el peligro concreto, aunque este no alcance un resultado lesivo físico.

Una serie objeción a este argumento, quizás demasiado simplista, nos viene dada por el tenor literal del artículo 69 bis, porque en su segundo párrafo excluye de su ámbito las infracciones a bienes jurídicos eminentemente personales.

Por esta objeción se subsana si se tiene presente que el bien jurídico tutelado en el artículo 348 bis a) no es el de la integridad física de los trabajadores, que es desde luego eminentemente personal, sino el de la pacífica disposición o disfrute de aquélla, lo cual, siendo distinto (24), no cabe afirmar que es eminentemente personal porque es un valor cultural que, como vimos antes, tiene una

---

(23) DIAZ PALOS, Ob., cit., pág. 457 y sobre todo 459.
(24) ARROYO. Ob. cit., Nota 9.

dimensión objetiva incluso al margen de la propia "autosubestimación" de los trabajadores.

Es claro que el artículo 348 bis a) no contiene, por tanto, ningún ingrediente que le haga incompatible con el artículo 69 bis. Pero será necesario para la apreciación conjunta que exista una determinada homogeneidad de resultados. Se planteará el problema cuando un solo comportamiento omisivo produzca una situación de riesgo para los trabajadores tan elevada que para algunos de ellos sobrepase el nivel de probabilidad y temibilidad del resultado lesivo, y este acaezca. En tal caso, las lesiones o muerte han de ser normalmente estimadas como imprudentes. Y si la conducta del autor es única, tendremos dificultades para decir de ella que contiene un dolo eventual para los que sólo han sufrido el quebranto de su pacífico disfrute de su integridad física, y que contiene, insistimos, esa misma conducta, una negligencia para los que han sufrido un quebrando en su física integridad, o en su vida. Y menos fácil que esta construcción es producirla en función de un resultado acaecido, en cuanto a la selección de víctimas, casualmente.

La solución a este problema tan sólo nos viene dada por un sector de la doctrina (25) al criticar la ineficacia de la teoría de la absorción del delito de riesgo por el de resultado, por cuanto ignora, esta teoría, que cada uno tutela un bien jurídico distinto; y deduciendo que el problema tan sólo se resuelve por la vía del concurso ideal entre el resultado lesivo, imprudente, y el previo peligro concreto, posiblemente doloso-eventual. Esto viene referido al supuesto de víctima única, primero en peligro y, luego lesionada. El problema que planteábamos, sin embargo, requeriría incorporar al delito de peligro concreto que compone el concurso ideal, los otros resultados como ingredientes del delito de peligro, pues debemos recordar que se refiere a los trabajadores que sufren el peligro, en plural, con lo que no cabe el concurso material por los diversos riesgos sufridos y, que para evitar la impunidad de este "plus" de resultado de peligro, hemos buscado en el artículo 69 bis una fórmula de "plus" de reacción punitiva.

En el orden de la coherencia dogmática probablemente hemos alcanzado el cierre del razonamiento. El problema quizás se encuentre en la capacidad de digerir estas construcciones teóricas por los juristas prácticos, al menos a corto plazo.

2.—Otro gran problema de trascendencia práctica se nos presenta en los supuestos en que la decisión determinante de la omisión punible haya sido adoptada por los órganos de una sociedad. De conformidad con el artículo 15 bis debemos buscar en el artículo 348 bis a) las "condiciones, cualidades o relaciones" que concurren en la entidad, aunque no concurran en el que actúe como directivo u órgano de ella.

Siguiendo a BACIGALUPO (26) podemos afirmar que en cuanto el artículo 348 bis a) contiene una conducta omisiva, le será aplicable el criterio de que esta omisión ha debido ser perpetrada por el representante a quien se impute el delito, por más que sea la sociedad la que reúna la condición de "estar legalmente obligada". Con este criterio será difícil alcanzar la individualización del comporta-

---

(25) ARROYO (Rev. D.º Público. Ob., cit., pág. 860) con referencias en igual sentido de MUÑOZ CONDE.

(26) BACIGALUPO, Enrique. "Responsabilidad penal de representantes de una persona jurídica". Rev. de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. Tomo V. Volumen 1, pág. 332.

miento criminal en los frecuentes delitos emanados de complejos órganos decisorios colectivos, clásicamente ordenados para eludir responsabilidades individuales, en primer lugar económicas, y después, de toda índole, a las que DIAZ-PALOS llama "cifras doradas de la delincuencia" (27). En todo caso, sin embargo, las exigencias político-criminales, no deben conducirnos a la disminución de las cautelas que residen en el principio de legalidad, poco próximo a las presunciones de culpabilidad que requeriríamos para un mayor vigor del precepto, pues sería necesario, desde luego, darle la fuerza a partir de la presunción de culpabilidad respecto de todos o algunos representantes individuales de la entidad.

Esta ineficacia del precepto, en los supuestos de previsible mayor gravedad de la conducta, no debe resolverse desde la disminución de los logros del derecho penal democrático, sino a partir de una clara visión de modestia respecto de la función del derecho penal, a remolque del complejo entramado jurídico extrapenal que ordena y respalda unas relaciones sociales estructuradas desde la fuerza real de su impunidad.

3.—Recordemos de nuevo que el eje de nuestra reflexión lo constituye la traducción práctica del precepto que nos ocupa. Hemos de convenir, de nuevo, con GARCIA-ARAN (29) en que "para obtener el respecto a las normas penales por parte de los ciudadanos no basta con que se anuncie la imposición de penas, sino que estas deben ser efectivamente aplicadas y ejecutadas". Es decir, debemos distinguir entre el momento de la conminación, que reside en el texto legal, y el momento de la aplicación, que reside en la decisión judicial ejecutoria. Ocurre, sin embargo, como señala la citada autora, que la decisión judicial, cuyo cometido teórico no es el conminatorio, es generalmente portadora de un efecto ejemplificador, preventivo-general. En conclusión, y en cuanto nos afecta, podríamos centrar esta última cuestión del siguiente modo: El artículo 348 bis a) es portador de una fuerza disuasoria y conminatoria no muy grave, en comparación con otros preceptos de su clase; ha dado lugar a escasa atención, por no decir nula, por parte de los tribunales, y ni siquiera merece estudio específico estadístico para la Fiscalía General del Estado; su tratamiento más riguroso cuando los resultados sean plurales arrastra dificultades de elaboración teórica que presagian fricciones con el pragmatismo judicial; los supuestos más graves, generalmente desencadenados por decisiones colectivas desde los órganos de poderosas sociedades o entidades, son difícilmente contestables por las estructuras del derecho penal democrático.

Queda poco margen, ciertamente, para le eficacia de nuestro precepto. Dentro de este escaso margen, debemos arrojar una mirada hacia las estructuras decisorias que han de cubrir tan exiguo ámbito de reacción penal.

Mucho se ha escrito a cerca de la psicología y sociología judicial (30), y no corresponde a este trabajo añadir nada lo que, además, estan diáfano y notorio. Pero es necesario tener presente, como dice ESCRIVA (31) que el juicio de peligro, es decir, la estimación de la existencia del riesgo concreto, la hace el Juez. Por ello nos asalta un nuevo temor. El exiguo marco de reacción penal que le

---

(27) DIAZ PALOS, Fernando. Ob., cit., pág. 483.
(28) GARCIA ARAN, Mercedes. Ob. cit., pág. 111.
(29) GARCIA ARAN, Mercedes. Ob., cit., pág. 115.
(30) Ver Toharía, José Juan. "El Juez español, un análisis sociológico". Ed. Tecnos - 1975; Treves, Renato "El Juez y la Sociedad". Edijusa - 1974.
(31) ESCRIVA. José M.ª. Ob., cit., pág. 85.

resta al texto literal del artículo 348 bis a) pudiera verse tamizado, aún, por el filtro final de los criterios de que se sirvan los jueces concretos para realizar su función concreta de producir la retribución concreta por el hecho que lleguen a juzgar.

Pero no debemos centrar el problema en una supuesta psicología diferenciada de las gentes de los tribunales. Serán, probablemente, parte ordinaria del entorno sociológico al que corresponden, con el rictus adicional que derive del ejercicio cotidiano de juzgar a su prójimo.

Los jueves conciben con extremada frecuencia su acto de juzgar como una simple adición de la voluntad abstracta de la norma, más su independencia. De este modo se construye la decisión judicial por un proceso lógico puro y necesario asegurado por la independencia del Juez, la cual sobrevive, según dice DIETER SIMON, porque supo adaptarse a todos los cambios de la historia de la justicia con una flexibilidad asombrosa (32).

No es necesario que nos entretengamos en razonar algo palmario e indiscutible, como es el hecho de que el principio de independencia es, no sólo un dato constitucional y conceptual, sino también un fenómeno social, pero no un ingrediente de la resolución o decisión. El proceso lógico de esta está cuajado de mediaciones. Por ello DIETER SIMON borda el esfuerzo de buscar la raíz de la independencia, como presupuesto, en el "forum internum", desmitificados otros planteamientos, e indaga en las mediaciones del proceso lógico de aplicación de la norma a partir de las perspectivas científicas que se han aventurado en este terreno (33), sin llegar, ciertamente, a conclusiones espectaculares, tras rechazar las que ofrece la psicología profunda, la sociología judicial americana, o los para él, insuficientes métodos de análisis sociológicos de los roles, de los grupos o de los estamentos.

Así pues, enfrentados con lo que el referido autor denomina el poroso concepto de la independencia del Juez, deberemos hacer uso, acumulado, de todos los medios de atisbar las mediaciones que inciden en su proceso lógico de aplicación de la norma.

Nuestro artículo 348 bis a) vendrá condicionado en su futura viabilidad, por este filtro extrajurídico del que no es previsible, al menos a corto plazo, que constituya un factor dinamizador y enriquecedor de los exiguos marcos de aplicabilidad del precepto. El filtro de las mediaciones que señalamos es más previsible que opere como un sustraendo conservador de su ya escasa capacidad conminatoria y su problemática eficacia. Es lo que le faltaba.

---

(32) DIETER SIMON. "La independencia del Juez". Ariel - 1985, pág. 10.

(33) DIETER SIMON. Ob., cit., pág. 156.

(34) BRICOLA, Franco. Le misure alternative alla pena nel quadr di una nuova politica criminale. Rivista italiana di dirito e procedura penale. 1977, pg. 13 y ss.

(35) BRICOLA, Franco. Responsabilitá penale per il tipo e per il modo di produzione. La questione criminale. 1978.1, pg. 119.

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR DAÑOS A LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

Angel-Carlos Carcoba Alonso
Gabinete de Salud Laboral de CC.OO.

El deterioro de las condiciones de trabajo y la incidencia sobre la pérdida de la salud, el aumento de los accidentes de trabajo graves y mortales, la aparición de enfermedades laborales incurables, está sobradamente demostrada y cuidadosamente ocultada.

La O.I.T. estima en más de 100.000, el número de trabajadores que mueren al año en accidentes de trabajo en todo el mundo.

En el último informe "El trabajo en el mundo" (volumen 2, 1985), la propia O.I.T. afirma que "desde 1980 ha aumentado sustancialmente el número de muertes por accidente de trabajo. Los servicios de Inspección Laboral, son incapaces de resolver esta situación". "Los Gobiernos —añade el informe— tienden a reducir gastos en la vigilancia e inspección de las condiciones de trabajo, y si continúa es de esperar que en los ochenta ocurran más accidentes".

En España, la situación adquiere dimensiones alarmantes. Según estadísticas oficiales, en las que se producen ocultamientos graves, en los últimos 11 años han muerto en accidente de trabajo más de 26.000 trabajadores (Ver cuadro 1).

De 1980 a 1984, mientras que la población ocupada ha disminuido un 8%, los accidentes de trabajo graves y mortales, han aumentado un 18%. A menos trabajadores expuestos a riesgo laboral, mayor el número de accidentes. (Ver cuadro n.º 2 y 3).

Para nosotros el accidente es un riesgo límite, pero no es indicativo de las condiciones de trabajo de una población laboral de un país. Esta situación lo determina mucho mejor los sistemas informativos encargados de recoger las pérdidas de salud, los microtraumatismos repetidos diariamente en el trabajo, la situación de salud en la vejez y en general, todas aquellas afecciones ocasionadas por el trabajo. Pero ocurre que en España nadie enferma ni muere por la exposición a riesgos laborales. *La inmensa mayoría de la patología laboral se diagnostica y atiende como enfermedad común.*

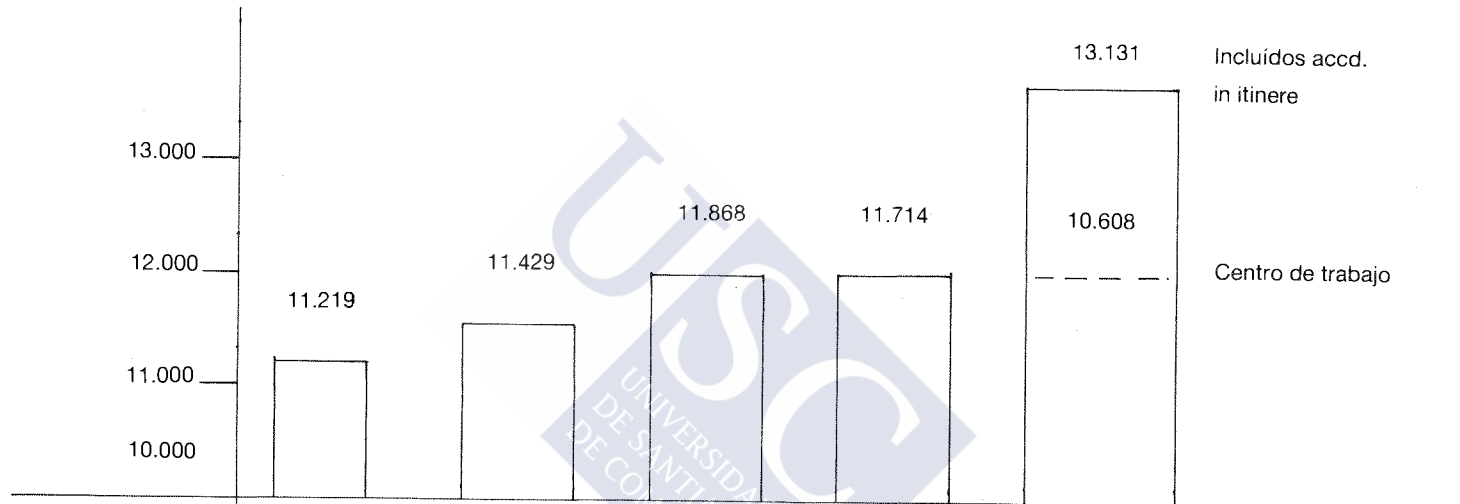
CUADRO 1

EVOLUCION DE LOS SINIESTROS GRAVES Y MORTALES

AÑO	ACCIDENTES DE TRABAJO GRAVES	ACCIDENTES DE TRABAJO MORTALES
1973	17.997	2.459
1974	18.602	2.418
1975	20.742	2.231
1976	17.307	2.229
1977	15.574	2.020
1978	14.415	1.305
1979	11.344	1.305
1980	11.400	1.232
1981	11.707	1.099
1982	12.095	1.119
1983	11.898	958
1984	10.608	1.075
TOTAL CENTRO DE TRABAJO	173.689	20.229
TOTAL ACCD. IN ITINERE	36.000	6.000
TOTAL	209.689	26.229

Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

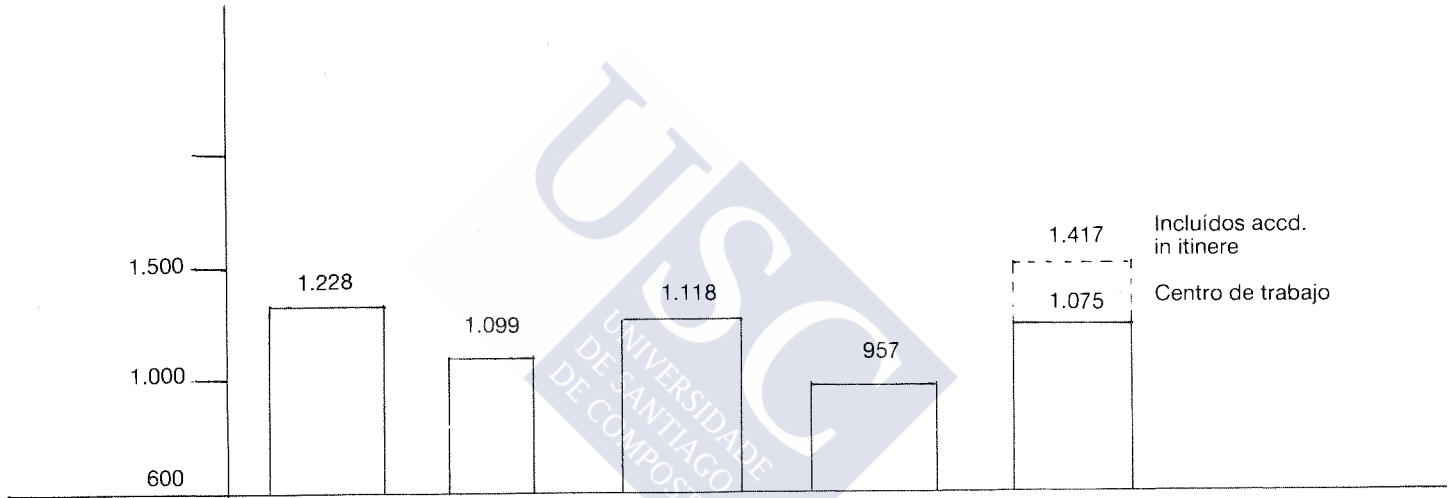
CUADRO 2
EVOLUCION DE LOS SINIESTROS GRAVES EN EL CENTRO DE TRABAJO



AÑOS	1980	1981	1982	1983	1984
POBLACION OCUPADA	11.410.200	11.037.000	10.911.000	10.820.500	10.483.000

Fuente: M.º de Trabajo y S. Social - Gabinete de Salud Laboral de CC.OO.

CUADRO 3
EVOLUCION DE ACCIDENTES MORTALES EN EL CENTRO DE TRABAJO



AÑOS	1980	1981	1982	1983	1984
POBLACION OCUPADA	11.410.200	11.037.000	10.911.000	10.820.500	10.483.000

Fuente: M.º de Trabajo y S. Social - Gabinete de Salud Laboral de CC.OO.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Todo esto entra en contradicción con estudios epidemológicos internacionales en los que la incidencia de la enfermedad laboral en la población expuesta al ruido, plomo, sílice, disulfuro de carbono o benceno, oscila entre un 10 y un 40%. Aquí en España, no se registra una sola enfermedad profesional, ni leve por exposición al benceno, cromo, cadmio, niquel y sólo 3 trabajadores enferman gravemente por intoxicación de plomo. El Gabinete de Salud Laboral de CC.OO. puede demostrar que sólo en un pequeño taller de Madrid se superan el total de graves por plomo, que las estadísticas dan para toda España.

Técnicos de la propia Administración, Segarra Obiols, por ejemplo, han hecho estudios en sectores que *manipulan el amianto,* llegando a la conclusión de porcentajes del 40-45% de afectados. *Y se han encontrado anormalidades pulmonares en un 38% de familiares de estos trabajadores.* La Administración prefiere ignorar esta realidad.

Por una parte, estamos a la cabeza en número de accidentes, lo que indica que estamos trabajando en condiciones de alto riesgo y por otra, casi nadie enferma por el trabajo, lo que indicaría que disfrutamos de las mejores condiciones de trabajo del mundo occidental.

ENFERMEDADES PROFESIONALES POR AÑO Y MILLON DE PRODUCTORES

	ESPAÑA	ALEMANIA	EE.UU.
POBLACION ACTIVA	12.442.000	26.673.000	79.120.000
ENFERMEDADES PROFESIONALES DECLARADAS POR AÑO Y MILLON DE PRODUCTORES	392	1.215	4.900

Ya hemos dicho que el trabajo no sólo produce accidentes, sino que es fuente de múltiples enfermedades. Al menos sucintamente, queremos hacernos eco de que junto a las intoxicaciones clásicas (silicosis, saturnismo, sorderas, etc...) *estamos conociendo efectos de las condiciones de trabajo determinantes de enfermedades incurables, gestadoras de alteraciones vitales de nuestro organismo, provocadoras de agresiones sobre el niño en el vientre de la madre. Estamos conociendo substancias que afectan a la capacidad reproductiva. Y no falta acudir a las radiaciones. Para sólo mencionar algunos ejemplos, citemos a los trabajadores de las fibras artificiales, los expuestos al plomo, al mercurio, al cambio, sulfuro de carbono, benzol, cromo, vibraciones, pesticidas y un largo etcétera.*

Recientemente nos hemos enterado a través de los medios de comunicación, de las catástrofes de Méjico y la India y nos hemos quedado tan tranquilos pensando que eso sólo sucede en países del Tercer Mundo. Pero resulta que no hace muchos años en Sevesso (Italia), país industrializado, un escape de dioxina provoca una catástrofe de consecuencias incalculables.

España es uno de los países más propicios a que se repita una catástrofe similar. Ciudades como Huelva, Tarragona, Puertollano, Avilés, Porriño, etc., concentran tal cantidad de sustancias tóxicas que no es raro aventurar dichas catástrofes. De hecho, de puertas adentro de las empresas, ya se está envenenando de forma masiva y diaria a miles de trabajadores. Conocemos el caso de la planta de plaguicidas del grupo Explosivos R.T. donde se utilizan multitud de sustancias

cancerígenas teniendo a los trabajadores en la más completa ignorancia y desinformación. La manipulación y utilización de dichas sustancias se hace en condiciones de verdadero escándalo. Alguna de estas sustancias han sido prohibidas en EE.UU. El nivel de conocimientos de los obreros de los riesgos para la salud a que se encuentran expuestos es prácticamente nulo. Para expresarlo en forma de números: mientras que los trabajadores y población en general, tienen un conocimiento de los riesgos cero, el riesgo que corren es cien. Por el contrario, el conocimiento del Gerente de las empresas es cien y el riesgo que corren es cero.

Calculamos que cerca de medio millón de trabajadores españoles se encuentran expuestos diariamente a los efectos cancerígenos de sólo 11 sustancias químicas: Acrilonitrilo, carbón tetracloridio, óxido de etileno, berilio, cadmio, cloruro de vinilo, arsénico, amianto, benceno, cromo y niquel.

Los efectos cancerígenos de estas sustancias se conocen hace años. A pesar de ello, disponemos de colectivos de trabajadores con historias clínicas con diagnósticos de cáncer de pulmón, hígado, piel, etc., causados por la exposición laboral a las sustancias mencionadas.

LA VICTIMA ES LA CULPABLE

Para la Administración y empresas, la explicación "científica" de los accidentes, radica en el propio trabajador. Así financian estudios para demostrar la predisposición de los trabajadores a accidentarse, y en los partes de accidentes, es frecuente encontrar como causa del mismo frases como: "descuido del trabajador", "problemas familiares", "situación de ansiedad", "carácter impulsivo". Hace unos años, cuando un minero escupía sangre, se decía que en su familia eran débiles de pecho, hoy cuando un trabajador se accidenta o enferma se dice que es por no lavarse, no ducharse, no poner cuidado, o es hipersensible a determinadas condiciones de trabajo. Todo ello orientado en el principio de que la víctima es la culpable.

CAUSA DE LOS ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Para la Administración y Patronal

"Descuido del trabajador, carácter impulsivo, predisposición a accidentarse, problemas familiares, situación de ansiedad, alérgico a productos químicos, no ponerse protección personal".

Para los trabajadores

"La organización del trabajo, el diseño del puesto de trabajo, máquinas antiguas y defectuosas, contratación temporal, destajos y horas extras, trabajo a turnos y nocturnos. Ritmos, métodos, tiempos, ruido, humos, polvo, gases, vapores, temperaturas".

Para nosotros, la responsabilidad de los accidentes y enfermedades laborales, es de quien genera el riesgo, de quien organiza la producción, es decir, de los empresarios. Estos pueden organizar la producción con riesgo o sin él.

CONSIDERACIONES LEGALES

Ante esta situación de tantas muertes, incapacidades y enfermedades producidas por el trabajo, nos asalta la idea de que tiene que haber algún responsable. *Cuando un individuo acarrea a otro un daño físico de tal gravedad que la víctima muere, llamamos al acto homicidio; pero si el autor sabía que el daño habría de ser irreparable, a ésto se llama asesinato.*

En el trabajo se muere por lo que se hace, como por lo que se deja de hacer. La negligencia de los empresarios en la materia es manifiesta.

Sucede que el accidente de tráfico está más castigado que el laboral. Una persona que atropelle a otra causándole la muerte, va a prisión. No conozco un solo empresario al que se le haya aplicado el Código Penal por no disponer de las medidas de seguridad reglamentarias.

Nuestra legislación puede definirse como antigua, arcaica y mercantilista. Nuestro ordenamiento jurídico, se configura a imagen y conveniencia de la clase dominante de nuestro tiempo. Recuérdese que la más amplia protección penal le es conferida a la propiedad privada. La antitesis de esa imagen de hombre de clase dominante, las del hombre trabajador, sólo es tenida en cuenta a efectos de proteger frente a éste el orden social existente. *El término trabajador hace históricamente su entrada en el Código Penal bajo la consideración de sujeto activo de delito.*

Los movimientos sociales han conseguido modificar algunos aspectos de esta filosofía, que todavía subyace en lo fundamental. Antiguamente, cuando un minero escupía sangre se decía que en su familia eran débiles de pecho. Hoy se dice que la causa de los accidentes, de todo accidente, se debe al fallo humano. Convirtiendo a la víctima en culpable, se libran de su responsabilidad penal. Todo menos admitir que la organización del trabajo, la ausencia de medidas de seguridad, tiene algo que ver.

Esta situación se ha intentado paliar con la reforma parcial del Código Penal (Ley Orgánica 8/1983 de 21 de Junio) al introducir el "delito de peligro", que de una parte no exige el grado de intencionalidad y que acentúa la obligación del empresario de prevenir el daño, estableciendo al efecto el artículo 348 bis a), conforme al cual:

"LOS QUE ESTANDO LEGALMENTE OBLIGADOS NO EXIJAN O FACILITEN LOS MEDIOS O PROCUREN LAS CONDICIONES PARA QUE LOS TRABAJADORES DESEMPEÑEN SU ACTIVIDAD CON LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EXIGIBLES, CON INFRACCION GRAVE DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS Y PONIENDO EN PELIGRO SU VIDA O INTEGRIDAD FISICA, SERAN CASTIGADOS CON LA PENA DE ARRESTO MAYOR O MULTA DE 30.000 a 150.000 PESETAS".

Del conjunto de la normativa española sobre delitos y faltas en materia de Seguridad e Higiene (ver anexo), conviene hacer las diferentes consideraciones:

El sistema normativo español sobre Seguridad e Higiene sólo reconoce dos protagonistas: La empresa y el Estado. A los trabajadores sólo se les permite reivindicar dinero por la porción de salud perdida, ya que todo está basado en el sofisma del que "intoxica o contamina paga", lo que la experiencia demuestra que no es más que un invento del que contamina e intoxica para no pagar y seguir contaminando y envenenando.

La abrumadora cantidad de legislación que existe en nuestra sociedad para proteger la propiedad privada, contrasta con la raquítica e insuficiente normativa para proteger a los trabajadores contra la pérdida de la vida y las lesiones en los

lugares de trabajo.

A esto se une el incumplimiento de esta normativa por parte de los empresarios y la inhibición de la Administración. La Inspección de trabajo hace caso omiso del art. 40.2 y 43 de la Constitución española, respondiendo a la demanda de los trabajadores con protección personal (tapones en caso de ruidos, mascarillas en ambientes pulvígenos, de humos o gases). No conozco un solo dictamen de la Inspección de Trabajo, orientado a la eliminación o reducción del riesgo para la salud.

Esto nos lleva a la lectura política de la normativa y de la práctica administrativa. Y es la constante violación de los derechos humanos más elementales: el derecho a la vida, a la salud y al trabajo. Ya hemos visto las dimensiones enormes de los daños a la Salud en los lugares de trabajo, medibles en miles de muertes y enfermedades.

Son muertes violentas de las que nadie es responsable, porque como hemos dicho, la víctima es la culpable.

Los derechos más fundamentales del hombre se conculcan diariamente en los centros de trabajo. El derecho a la vida, al trabajo y a la salud, en la práctica no existen. El derecho a la vida supone también el derecho a la protección en contra de las lesiones, el daño y el sufrimiento físico y psíquico que se impone a alguien contra su voluntad. Pero ocurre que el derecho a la vida, en el sistema capitalista entra en conflicto con el derecho a la propiedad privada, que otorga al capital, al empresario todo el control del proceso productivo, cuya finalidad no es optimizar el bienestar de los trabajadores y asegurar su protección a la vida, sino el de optimizar el proceso de acumulación de capital. El capital ejerce tal influencia en los órganos del Estado, que toda la legislación existente está basada en proteger la propiedad privada. Siendo inexistente o raquítica la legislación encaminada a proteger a los trabajadores en contra de la pérdida de la vida y las lesiones en los lugares de trabajo.

Ahora lo hemos visto con la catástrofe de Bhopal (India); contra una sanción de 300.000 pesetas se ha dejado en libertad al provocador de más de 3.000 muertes. Pero ésto no sólo ocurre en la India: conocemos casos en que un trabajador al salir de su jornada laboral atropella a un empresario causándole la muerte. Este trabajador pierde la licencia de conducir, sufre una fuerte multa y se pasa varios años en la cárcel. Sin embargo conocemos a dueños de minas, en las que periódicamente mueren trabajadores, o dueños de empresas de construcción, o dueños de fábricas que han ocasionado el envenenamiento masivo de trabajadores por amianto, cloruro de vinilo, mercurio, o radiaciones a los que no se les ha inhabilitado, no han sufrido ninguna sanción y por supuesto nunca irán a la cárcel.

Esta clara violación del derecho a la vida se tapa con el silencio ensordecedor tanto de las cámaras legislativas como de los medios de comunicación, y con el ocultamiento escandaloso de las estadísticas oficiales. Y es que en nuestra sociedad, si alguien apuñala y mata a otra persona, ésto es un acto violento. Pero si alguien, un empresario, provoca la muerte y al enfermedad por no proporcionar a sus trabajadores protección contra los riesgos laborales, ésto no se considera un acto violento.

El argumento que se esgrime para no definir las acciones del empresario como violentos, es que éste no busca directamente al trabajador con la intención de ocasionarle daño. Pero como ya queda dicho, el empresario, al organizar la producción que implica un riesgo, del que se van a derivar unos daños (accidente o enfermedad), este acto tendrá que ser considerado como un acto de violencia.

A nuestra clase dominante se le llena la boca de derechos civiles y silencian la violación sistemática de los derechos sociales y económicos. Como ha señalado TAWNEY: "Los derechos políticos proveen una salvaguarda y consecuencia a los derechos civiles y los derechos sociales y económicos proporcionan los medios esenciales para ejercer los derechos políticos".

Fue una persona nada sospechosa como el Presidente ROSEVELT, quien afirmó en 1944 que "los hombres necesitados no son hombres libres". Es preciso denunciar esta situación y hacer que el epso de la Ley recaiga en quienes generan el riesgo, provocando muertes y enfermedades. Pero ésto supone el cambio radical de esas Leyes, lo que implica luchar por el derecho a la vida, por el derecho al trabajo, por el derecho a la salud, lleva consigo romper con la enfermedad del capitalismo.

ANEXO I

EL CUADRO DE DELITOS Y FALTAS SOBRE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL VIGENTE CODIGO PENAL

A) A través del delito de lesiones tipificado en el art. 427 del C.P. que dice textualmente:

"Las penas señaladas en los artículos 420 a 422, en sus respectivos casos, serían aplicables a los que por infracciones graves de las Leyes de Trabajo ocasionen quebranto en la salud o en la integridad corporal de los obreros".

B) El art. 565 del C.P. nos define y distingue dos tipos de imprudencia:

I.—*La llamada imprudencia temeraria*

"El que por imprudencia temeraria ejecutara un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor".

II.—*La imprudencia simple por infracción de reglamentos*

"Al que, con infracción de los reglamentos, cometiera un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor".

C) El art. 586 del C.P. completa el cuadro de la imprudencia al contemplar la imprudencia simple sin infracción de reglamentos:

"Los que por simple imprudencia o por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos causaren un mal a las personas que si mediare malicia constituiría delito y los que por cualquier clase de imprudencia causaren un mal a las personas que, si mediare malicia constituiría falta, serán castigados con multa superior a 500 pesetas e inferior a 10.000 pesetas y represión privada".

ASPECTOS GENERALES

A) *Limitación de penas.*—En general la doctrina coincide en considerar, que las penas previstas para este tipo de delitos son extraordinariamente benévolas, siendo la más llevada, *la prisión mayor* que va de seis años y un día a doce años.

B) *La autoría.*—El sujeto activo de estos delitos es siempre el empresario y en consecuencia el que responde penalmente de los mismos.

Sin embargo, existe una corrección importante, en el sentido de que las personas jurídicas (sociedades, etc.) son irresponsables penalmente, según el principio "societas dilinquere non potest".

Por lo tanto, es la sociedad quien realiza el delito, en tanto, que parte de la relación laboral, pero son sus representantes, administradores, capataces, etc...,

quienes los cometen y en consecuencia, quienes responden de ellos criminalmente.

C) Quizá el aspecto más negativo de la regulación de ciertos delitos en el vigente Código Penal es el hecho de que los mismos para ser perseguidos criminalmente exigen, que se haya producido el siniestro, lo que implica, que un empresario puede ser múltiple infractor de reglamentos de Seguridad e Higienes, exponiendo en consecuencia a sus trabajadores a trabajar con riesgo de su vida y sin embargo, no puede ser perseguido criminalmente excepto si se produce el daño.

D) Existe plena compatibilidad entre la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa en estos supuestos.

E) En última instancia se puede exigir multidinariamente a la responsabilidad penal, responsabilidades civiles directamente al empresario o a la sociedad en su caso, sin perjuicio de que este repita posteriormente sobre el directo responsable.

EXAMEN DEL DELITO DE LESIONES LABORALES (art. 427 C.P.)

A) *Concepto.*—Es el determinado por el DAÑO MAYOR causado en la salud física o mental de un OBRERO, y originado por un tercero, SIN DOLOR DE MUERTE y mediante INFRACCIONES GRAVES DE LAS LEYES DE TRABAJO (Uvis y Navas).

B) *Sujeto activo.*—Aunque no ee explicita en el art.427 al referirse, "a los que realicen infracciones graves de los reglamentos de trabajo", el sujeto activo es el DEUDOR DE SEGURIDAD y en consecuencia el empresario o sus representantes, administradores, capataces, etc...

C) *Pasivos.*—No existe problema en la determinación, dado, que el propio artículo 427 se refiere directamente al obrero.

D) *Elementos.*—

1.°. *Prexistencia de la norma laboral de seguridad.* Aunque el art. 427 se refiere a NORMAS DE TRABAJO, debe interpretarse en el sentido de que afecta a todas las que contribuyen a preservar la salud y la integridad física de los trabajadores, entendidas en un sentido amplio.

2.°. *Infracción grave de dichas normas.* Aunque el art. 427 exige gravedad, no exige reiteración y dado, que no existen reglas para la medición, es importante tener presente que se exige gravedad de la causa (infracción...) y no de la lesión aunque la doctrina más autorizada (Puig Peña), entiende que la gravedad se refiere a una CONDUCTA y no a actos aislados.

3.°. *Daños causados violentamente.* En el delito de lesiones en general, nos encontramos ante agresiones violentas y en el delito de lesiones laborales nos encontramos ante la llamada VIOLENCIA INSTRUMENTAL (vgr. explosión de gas), pero causada por falta humana (infracción de normas de seguridad).

4.°. *Relación de causalidad entre la infracción laboral y el daño.* El propio art. 427 establece que la causa del daño, debe ser la infracción de normas laborales. Nos encontramos pues, ante un DELITO DE CONSECUENCIAS en virtud del principio "quien es causa de la causa, es causa del mal causado", y por tanto, responde de todas sus consecuencias dimanantes.

5.°. *Malicia intencional.* Este delito requiere INTENCIONALIDAD, cuya naturaleza ha sido muy debatida por los teóricos del derecho Penal, pero la posición más correcta la sitúa en la existencia de DOLO DIRECTO en infringir normas de

seguridad, pero no de dañar. Por tanto, la voluntad dolosa en el delito de lesiones laborales consiste en la voluntad de infringir normas de seguridad.

6.º. *Independencia del consentimiento del lesionado.* El art. 428 del C.P. dice "... las penas se impondrán en sus respectivos casos aún cuando mediara consentimiento del lesionado".

7.º. *Consumación.* Según Cuello Calón, se consuma el delito en el momento de producirse el daño, aún cuando sus consecuencias sean muy posteriores.

FICHA TECNICA DE LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA (art. 565 del C.P.)

La definición de los tres tipos de imprudencia se determina perfectamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1970 (Aranzadi 1609).

A) *CONCEPTO*

1.º. *Imprudencia temeraria.*—Se refiere a los actos no maliciosos, que se han llevado a cabo con omisión de la más elemental previsión y con olvido de las normas esenciales de cautela.

2.º. *Imprudencia simple.*—Cuando la calidad o entidad de la cautela omitida es menor, sin que exista infracción del reglamento o regulación positiva de obligatorio cumplimiento, quedando en este caso reducida la imprudencia a falta.

3.º. *Imprudencia simple con infracción de reglamentos.*—Que se sitúa en un grado intermedio, entre la temeraria y la simple, se refiere a actos en los que la omisión de la cautela es de menor entidad que en la imprudencia temeraria, pero en esta omisión, existe infracción de las normas positivas de obligado cumplimiento.

B) *SUJETOS*

Aunque el art. 565 no está construido en torno a la problemática de Seguridad e Higiene, es evidente que los delitos por culpa prevencionista laboral (diferentes gradaciones de la imprudencia) tienen como sujetos pasivos y activos a empresarios y a sus representantes y trabajadores respectivamente.

C) *REQUISITOS GENERALES*

1.º.—*Producción de un daño.* Al encontrarnos ante un DELITO DE RESULTADOS, la existencia de daño es condición "sine qua non".

2.º.—*Ausencia de dolo.* Ya se ha destacado en la propia definición la necesaria inexistencia de MALICIA DE DAÑAR (voluntariedad positiva).

La voluntariedad se manifiesta en estos delitos desde un punto de vista o de inhibición prevencionista.

3.º.—*Acciones u omisiones.* Contempladas indiferentemente, siempre que sean VOLUNTARIAS.

4.º.—*Realización del acto inicial sin la adopción de las cautelas precisas para evitar el perjuicio.*

5.º.—*Previsibilidad del resultado dañoso.* Dado que de ser imprevisible el daño, no existe supuesto alguno de imprudencia.

6.º.—Relación de causa a efecto entre la ACTITUD CULPOSA y el daño producido.

7.º.—Interacción en una figura legal de infracción.

D) *REQUISITOS PROPIOS DE LA IMPRUDENCIA TEMERARIA*

El requisito central es que la acción u omisión realizada, de mediar malicia, constituiría otro tipo de delito.

Al respecto cabe destacar muy positivamente, la Sentencia del T.S. 21-3-1948, que exige la ejecución de todas las prevenciones oportunas y racionales y no sólo las reglamentarias.

E) *EFECTOS*

1.º—La imprudencia temeraria se castiga con prisión menor, de seis meses y un día a seis años.

2.º.—La imprudencia con infracción de reglamentos, con penas de arresto mayor, de un mes y un día a seis meses.

G) *REQUISITOS DE LA FALTA DE IMPRUDENCIA (art. 586 C.P.)*

1.º.—*Concepto.* Infracción penal en que incurre un individuo al causar daño a un obrero, sin intención delictiva, ni infracción de reglamentos, pero incurriendo en simple negligencia respecto a las medidas de salvaguardia sanitaria en el trabajo por las que debería velar (Uvis y Navas).

2.º.—*Elementos básicos*

a) Causar un daño a trabajadores.

b) Ausencia de dolo, existiendo sólo negligencia o imprudencia simple.

c) Acción u omisión de falta de cautela.

d) Daño previsible.

e) Relación causa efecto.

3.º.—*Distinción entre delito y falta*

a) Con carácter general se distinguen por la cuantificación de la imprudencia o negligencia.

b) Con carácter general existe delito siempre que hay infracción de reglamentos.

c) Existe falta en la imprudencia simple sin infracción de reglamentos.

CONSECUENCIAS JURIDICO PUBLICAS DE LA OBLIGACION CONTRACTUAL

A) El empresario está obligado contractualmente a garantizar la Seguridad e Higiene de los trabajadores a su cargo, convirtiéndose de este modo en un "deudor de Seguridad", colocándose en caso de incumplimiento en situación de "mora solvendi".

B) Las normas legales de Seguridad e Higiene se convierten de este modo en el suelo de la obligación contractual, en los mínimos de la misma; pero el empresario en virtud de su deuda de Seguridad, no sólo está obligado a cumplir los mínimos, sino todas aquellas medidas que garanticen la Seguridad de sus trabajadores —piensen por ejemplo, en aquellos Reglamentos de Seguridad obsoletos, que han sido suspendidos por la práctica—. Pues bien, se puede reclamar al empresario que imponga las medidas, que conforme al desarrollo de la técnica normal, permita dentro de las posibilidades racionales, la máxima garantía de Seguridad que le son exigibles, pudiendo reclamarse la implantación de dichas medidas ante la Magistratura de Trabajo.

C) Los acuerdos o pactos obligacionales de Seguridad e Higiene en ningún caso pueden ser inferiores a los mínimos.

D) Los derechos adquiridos en esta materia, que estén por encima de los mínimos son IRRENUNCIABLES al no tratarse de una obligación contractual patrimonial, sino básicamente ético-personal.

EL CARACTER RECIPROCO DE LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD E HIGIENE

Dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, frente a la obligación contractual del empresario, en tanto que deudor de Seguridad, el trabajador está

obligado a realizar su trabajo con la máxima seguridad.

Por lo tanto, el empresario puede exigir, que el trabajador cumpla sus órdenes en esta materia, pudiendo llegar hasta el despido en caso de incumplimiento, y por su parte el trabajador puede negarse a realizar su trabajo en notorias y racionales situaciones de peligro e inseguridad.

Ambas partes, pero especialmente el trabajador, están facultados para reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación de seguridad.

Se fundamenta esta reclamación en el art. 1.124 del Código Civil, que dice: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliese los que le incumbe".

"El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

EL DERECHO A LA RESISTENCIA

Al igual que la limitación a la deuda de Seguridad el empresario, consiste en no poder reclamarle medidas imposibles o irracionales, recíprocamente al trabajador no puede exigirsele que trabaje en condiciones de notorias inseguridad o peligro, en virtud del deber de obediencia.

En consecuencia y en base al art. 1.124 C.C. antes citado, en caso de incumplimiento del empresario de su obligación contractual, el trabajador se verá liberado de cumplir con el deber de obediencia. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico-privado, el derecho a la resistencia no tiene una recogida positiva en nuestra doctrina, al contrario que en la del resto de Europa, dado que ante la colisión obediencia-riesgo, opta nítidamente por primar la obediencia con la corrección de introducir un factor objetivo para resolver el problema, el vigilante de Seguridad e Higiene o el Comité de Seguridad e Higiene.

Desde el punto de vista jurídico-público, el art. 11. g, de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971, dice:

"Todo trabajador, después de solicitar de su inmediato superior los medios de protección personal de carácter preceptivo para la realización de su trabajo, queda facultado para demorar la ejecución de éste, en tanto no le sean facilitados dichos medios, si bien deberá dar cuenta del hecho al Comité de Seguridad e Higiene en el trabajo o a uno de sus componentes, sin perjuicio además de ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo.

En consecuencia, se reconoce el derecho a la resistencia, si bien se prima el papel arbitral del Comité de Empresa.

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

APROPIACION DE LA CUOTA OBRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y APROPIACION DE LAS CANTIDADES RETENIDAS EN EL IRPF

Carlos MARTINEZ PEREZ
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela

I

El tema que voy a analizar se compone de dos conductas, que en principio son ontológicamente iguales, pero que ofrecen diferencias de matiz. Por consiguiente, a efectos expositivos parece aconsejable examinar ambos supuestos de forma separada, con la finalidad de poner claramente de relieve cuáles son esas peculiaridades específicas que pueden apreciarse en cada uno de esos comportamientos. De todos modos, hay que recalcar que el núcleo del problema de la calificación jurídico-penal de ambas hipótesis es idéntico; y ello es así porque —a mi juicio— en las conductas de referencia el estudio de dicho núcleos debe abordarse sobre la base de criterios exclusivamente jurídico-penales y, por ende, la cuestión debe resolverse privativamente de acuerdo con las reglas de interpretación reservadas para las normas penales.

Evidentemente, seguir este planteamiento implica analizar los puntos centrales del tema con relación a uno de los comportamientos que se examinan, en la inteligencia —claro es— de que tal análisis (y los resultados a que conduzca) es perfectamente trasladable al otro comportamiento; de esta suerte se evitarán estériles repeticiones y se posibilitará, a su vez, el estudio de las cuestiones independientes que, en cada caso, se suscitan.

Por último, la complejidad del tema y las insatisfactorias consecuencias a las que —en mi opinión— indefectiblemente conducen las posibles interpretaciones legales hacen deseable conferir, además a las páginas que siguen un enfoque *problemático,* ya que —aunque esto sea anticipar las ideas— pienso que la solución correcta a conductas como las que vamos a examinar reside en la reforma legislativa.

Efectuadas estas precisiones, veamos en primer término la apropiación de la cuota obrera de la Seguridad Social por parte del empresario, dejando para después el análisis de la apropiación de las cantidades retenidas por el Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).

II

El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización a la Seguridad Social y, en atención a ello, debe ingresar en su totalidad no sólo las aportaciones propias, sino también las de sus trabajadores (art. 68-1 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En el n.º 2 del precepto citado se aclara que "el empresario descontará a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos". Finalmente, en su n.º 3 el art. 68 declara que "el empresario que habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro del plazo la parte de cuota correspondiente a sus trabajadores, incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las Entidades gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan".

En el ámbito laboral este comportamiento del empresario, consistente en "retener indebidamente, no ingresándola dentro del plazo, la parte de cuota descontada a sus trabajadores", se considera como falta muy grave en el art.º 4, 1.3,a) del Reglamento general de faltas y sanciones del régimen general de la seguridad social de 12 de septiembre de 1970 y aparece sancionada como tal falta muy grave en el n.º 3 del art. 6.º del propio Reglamento.

Sin embargo, en la esfera penal no existe norma alguna específicamente destinada a castigar esta clase de conductas. Pese a ello, nuestro Tribunal Supremo a partir del año 1971 ha venido calificando semejantes acciones como constitutivas de delito de apropiación indebida (art. 535 del Código penal). En efecto, hasta ese año la jurisprudencia había denegado la apreciación de la mencionada figura delictiva, utilizando el sencillo argumento de considerar que el dinero descontado por el empresario no es dinero recibido por éste con obligación de entrega y que por lo tanto no se cumple el tipo que se contempla en el art. 535. En este sentido, la S.T.S. de 26 de marzo de 1955 fundamentó la denegación de la figura de la apropiación indebida en la idea de que las cantidades detraídas "no formaron en ningún momento parte de otro patrimonio de donde salieran para serle entregadas a él (s.c. el empresario) por título alguno que determinase *ab initio* su obligación de devolverlas a aquéllos a quienes se refería la retención, sino que constituían la porción correspondiente a sus obreros de los salarios de éstos... y su falta de ingreso no supone un incremento patrimonial de su haber de patrono, sino una infracción de sus deberes de contribuyente".

Frente a esta posición, la S.T.S. de 30 de octubre de 1971 llega a la conclusión de que la conducta enjuiciada debe incluirse en el delito de apropiación indebida, rechazando explícitamente la argumentación de la S. de 26 de marzo de 1955. Ante la afirmación de que el empresario no ha recibido dinero alguno con obligación de entrega, la S. de 30 de octubre de 1971 opone que "desde el momento en que el encargado pagaba los salarios de sus productores, se producía un desplazamiento patrimonial de su importe que se desintegraba del empresarial para insertarse en el de los respectivos obreros de tal forma que la retención que realizaba de parte de tal salario por mandato legal, para abono de la participación obrera en las cuotas de la Seguridad Social quedaba ya en su poder no como propietario, sino en calidad de mero depositario que venía, también por ministerio de la Ley, obligado a entregar lo retenido y depositarlo en el Instituto Nacional de Previsión".

El razonamiento y la calificación jurídico-penal de la S. de 30 de octubre de 1971 han sido seguidos por sentencias posteriores del Tribunal Supremo, hasta

el punto de convertirse en doctrina jurisprudencial reiterada y absolutamente dominante en toda la década de los años 70 (Vid. p. ej.: S. 20 de abril de 1976, S. 7 de mayo de 1977, S. 21 de diciembre de 1978, S. 22 de enero de 1979) y que, hasta el momento presente, también ha seguido sustentándose en la década de los años 80 (Vid. p. ej.: S. 23 de junio de 1980, S. 25 de marzo de 1981, S. 28 de septiembre de 1982, S. 21 de octubre de 1983, S. 3 de enero de 1984). Doctrina jurisprudencial refrendada asimismo por el Tribunal Constitucional en S. de 30 de marzo de 1981 (BOE de 14 de abril de 1981).

En toda la jurisprudencia que se alinea con la S. de 30 de octubre de 1971 se repite y corrobora hasta la saciedad la tesis central que se infiere de la sentencia aludida: las cuotas obreras que retiene el empresario de los salarios de los trabajadores con la finalidad de ingresarlas en la Tesorería General de la Seguridad Social (1) forman parte de los propios salarios de los trabajadores y, en consecuencia, no son cantidades que se poseen por el empresario a título de dueño, sino que es dinero recibido por él en virtud de un título muy distinto —que oscila entre el mandato y el depósito—, que le obliga a ingresar su totalidad en la mencionada Tesorería. Este sutil razonamiento es ampliado y aclarado en diversas sentencias, que, en los últimos años, han rechazado sistemáticamente los recursos formulados ante el Tribunal Supremo por aquellos sujetos que habían sido condenados por las Audiencias como autores de un delito de apropiación indebibida. Así, por ejemplo, en la S.T.S. de 21 de diciembre de 1978 se afirma que "cuando un patrono hace efectivos los sueldos o salarios de sus obreros o empleados, y, de ellos... retiene, deduce o descuenta las cantidades correspondientes a las cuotas de los seguros sociales... se opera, respecto a dichas sumas, un fenómeno de *intervención del título de poseer,* en cuya virtud la posesión emanada del dominio que el empresario tenía primitivamente sobre las referidas cantidades se trueca en posesión derivada del mandato... o del depósito, títulos que, atribuyendo al mandatario o depositario la simple tenencia pero no la propiedad sobre el dinero cuestionado, conllevan y determinan que se haya de entregar necesariamente y sin demora a la entidad mencionada"; y, sobre la base de semejantes consideraciones, en la citada sentencia se concluye que "adquirida la posesión del dinero destinado al pago de las cuotas de los seguros sociales por virtud de "constitutum possessorium", tratándose de un patrimonio adscrito a un fin y habiéndose perdido el antiguo dominio sobre el mismo, el empresario que, lejos de darle el destino legalmente prevenido, toma para sí, se adueña o incorpora a su patrimonio las cantidades detraídas o descontadas de los salarios, se convierte en sujeto activo del delito estudiado". Incluso, nuestro Tribunal Supremo ha llegado a condenar por delito de apropiación indebida en supuestos en los cuales el empresario alegaba que ya en el momento de retener las cuotas obreras a sus trabajadores carecía de medios de pago para hacerlas efectivas en la Tesorería de la Seguridad Social. En este sentido, en las Sentencias en las que se aplica el art. 535 se utiliza un razonamiento, que puede resumirse aquí con las ideas de que "no puede en buena lógica aducirse que no se ingresó por carencia de medios, ya que lo que había que ingresar era cabalmente lo descontado en tal concepto" o de que "los recurrentes se quedaron con ellas (s.c. las cuotas obreras)

(1) Creada por el R.D. 2.318/1978, de 15 de septiembre, esa Tesorería viene a sustituir al desaparecido INP. Por su parte, el Instituto Nacional de Previsión fue suprimido en virtud del R.D. Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la seguridad social, la salud y el empleo.

al pagar las nóminas preceptivas" (Vid. Ss.de 9 de diciembre de 1976, 17 de febrero de 1977, 22 de enero de 1979).

Por su parte, la doctrina científica se halla dividida. Un sector se declara partidario de la solución jurisprudencial de castigar estas conductas como delito de apropiación indebida, apoyándose en idénticos o similares argumentos a los empleados por el Tribunal Supremo (2); incluso, algún autor, tras analizar con detenimiento la posibilidad de aplicar diversas figuras delictivas, estima que los hechos en comentario cumplen, asimismo, el tipo del n.º 1 del art. 499 bis del C.P., inclinándose por la apreciación de un concurso de delitos entre este precepto y el del art. 535 (3). Por el contrario, otro sector se muestra más cauto y

---

(2) Así, p. ej.: MORILLAS CUEVA, L., *El problema de la calificación jurídico-penal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social*, Separata del *Anuario de estudios sociales y jurídicos. Escuela Social de Granada*, vol. VIII-IX 1979-1980, pp. 169 y ss.; RIVERA HERNANDEZ, J.M.ª *La protección penal de los derechos laborales reconocidos en la Constitución, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, 1980, pp. 26 y ss. En este sentido, hay autores que, por ser especialistas en Derecho laboral, se limitan a declarar la presencia del delito de apropiación indebida, invocando la reiterada doctrina jurisprudencial en favor de esta postura, sin entrar, por tanto, en el fondo de la cuestión. Vid. p. ej.: ALONSO OLEA, M., Instituciones de Seguridad Social*, 9.ª ed., Madrid 1983, p. 297.

(3) Tal posición es sustentada por MORILLAS, *El problema de la calificación*, cit., pp. 177 y ss., MUÑOZ CONDE *(Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Sevilla 1983, p. 166) se limita a manifestar la posibilidad del concurso de delitos entre la figura del n.º 1.º del art. 499 bis y la de la apropiación indebida, citando expresamente a MORILLAS. Sin embargo, esta tesis de incluir la conducta de la apropiación de cuotas en el n.º 1.º del art. 499 bis no ha tenido respaldo jurisprudencial; es más, ni siquiera de forma incidental se ha planteado por parte de nuestro Tribunal Supremo la posibilidad de castigar esta clase de comportamientos por el citado delito contra la libertad y seguridad en el trabajo. En este sentido no se puede desconocer que dicha inclusión resulta, cuando menos, muy problemática, dado que existen varios obstáculos de entidad que se oponen a la misma. El propio MORILLAS se hace eco de uno, que califica como "el problema más complejo para la aceptación del n.º 1.º del art. 499 bis", a saber: el de establecer más adelante en el texto, el único perjuicio tangible provendría del hecho de que los trabajadores quedasen transitoriamente en descubierto con la Seguridad Social; no obstante, es preciso tener en cuenta que, aunque existan defectos de cotización, la entidad gestora de la Seguridad Social atiende directamente al pago de aquellas prestaciones regidas por el principio de automaticidad absoluta e incluso al de aquellas prestaciones a las que se aplica el principio de automaticidad relativa. Por consiguiente, resulta difícil admitir que en tales supuestos se lesionan los derechos de los trabajadores. Es cierto que para la realización del injusto descrito en el n.º 1.º del 499 bis no es necesario que se produzca un perjuicio económico para el trabajador, pero, por otro lado, no creo que se cumpla la exigencia típica del precepto por el mero hecho de "dificultar" el reconocimiento del derecho del trabajador o por el simple hecho de ocasionar a éste una serie de molestias derivadas de un hipotético deficiente funcionamiento de los mecanismos de automaticidad; entiendo que no puede ser —ni debiera ser— voluntad de la ley reaccionar penalmente ante conductas de escasa gravedad desde la perspectiva de los trabajadores. Con todo, al lado de este complejo problema para la aplicación del n.º 1.º del art. 499 bis, coexisten otros, que permiten reafirmar la idea de la dificultad de apreciar esta figura delictiva. En efecto, en primer lugar hay que tener en cuenta los términos con que se describe la conducta típica ("imponer a los trabajadores..." "usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos") porque, con respecto a éstos, hay una gran variedad de interpretaciones en la doctrina científica y en la jurisprudencia, algunas de las cuales imposibilitarán la inclusión de la apropiación de cuotas en el delito previsto en el n.º 1.º del art. 499 bis: las dificultades giran, sobre todo en torno al verbo "imponer", el cual es entendido por un sector como modalidad de acción y de un modo bastante restrictivo. Por otra parte, cabe observar que algunos autores estiman que para la integración del tipo delictivo en comentario es necesaria la presencia de un elemento subjetivo del injusto (ánimo de perjudicar a los trabajadores), lo cual impediría la realización del delito en buen número de ocasiones. Y, aunque no se comparta esta tesis, debe convenirse al menos en que la figura del n.º 1.º del art. 499 bis es de exclusiva comisión dolosa, con lo que su apreciación podría ser puesta en tela de juicio en determinados casos de apropiación de cuotas, ya que —como es natural— el dolo debe abarcar el conocimiento de que las condiciones laborales impuestas perjudican los derechos de los trabajadores; de esta suerte, el in puede no ser atribuible a su autor, dado que en

considera que el criterio de nuestra jurisprudencia es "discutible" (4) o "muy discutible" (5).

Así las cosas, expuestas sucintamente las posiciones de la jurisprudencia y de la doctrina científica, conviene ahora deslindar dos planos que deben diferenciarse nítidamente: uno *de lege data* y otro *de lege ferenda*.

Situándonos en el primer plano, entiendo que tiene razón el segundo de los sectores doctrinales a que acabo de aludir, al calificar de "discutible" la tesis de aplicar el art. 535, y que, en consecuencia, la solución más adecuada es —a mi juicio— la de optar por la atipicidad de la conducta, como así se sostuvo en la S. de 26 de marzo de 1955. Y, en efecto, haciendo abstracción de otras consideraciones que también pudieran traerse a colación, estimo que el aspecto central de la cuestión debe situarse en algo ya apuntado por la mencionada sentencia y repetido por algunos autores (6): el empresario no ha *recibido* el dinero de sus obreros.

Ciertamente, éste ha sido uno de los puntos criticados por los recurrentes ante el Tribunal Supremo, solicitando, en su virtud, la casación por infracción de ley; y, sistemáticamente, sin embargo, los recursos han sido rechazados. Ahora bien, el razonamiento del alto Tribunal para desestimar dichos recursos no es convincente; y no lo es porque —en mi opinión— los considerandos de las sentencias incurren en una confusión. En efecto, argumentar que desde el momento en que el empresario paga los salarios de los obreros se produce un desplazamiento patrimonial de su importe, que se desintegra del empresarial para insertarse en el de los respectivos obreros, de tal suerte que la retención de la cuota social queda en su poder, no como propietario, sino en calidad de mero depositario, no resulta suficiente para cumplir el tipo de la apropiación indebida. En esta línea de pensamiento, es fácil comprobar como todas las sentencias condenatorias se empeñan en evidenciar que hay una especie de "interverción del título de poseer", en cuya virtud la posesión emanada del dominio que tenía primitivamente el empresario se transmuta en posesión derivada del mandato o del depósito.

Pues bien, frente a tales afirmaciones hay que oponer que el razonamiento de la jurisprudencia soslaya hábilmente el problema fundamental de la aplicación

---

tales casos el reproche de culpabilidad se haría depender de un hecho prácticamente futuro, incierto y ajeno a la voluntad del sujeto activo, como es la circunstancia de que el principio de automaticidad de las prestaciones funcione en determinados supuestos de forma deficiente.

(4) En este sentido, cfr: BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial,* Madrid 1970, p. 545; RODRIGUEZ RAMOS, L., *Asuntos de Derecho penal (Parte especial),* Madrid 1983-1984, p. 326.

(5) De este modo se pronuncia expresamente J.M.ª RODRIGUEZ DEVESA a partir de la 8.ª edición de su *Derecho Penal Español, Parte Especial,* llegando además a manifestar que "la incriminación de estos hechos supone infringir el principio de intervención mínima y un uso de la analogía prohibida". Esta tesis es preconizada por RODRIGUEZ DEVESA al estudiar el delito de apropiación indebida, manteniéndola en los mismos términos en la 9.ª y última edición de su Tratado de Parte Especial, p. 386. Entiendo que esta opinión de RODRIGUEZ DEVESA invalida la defendida al analizar el art. 499 bis (vid. p. 336 y nota 47), en la cual sostiene no sólo la posibilidad indubitada de apreciar el delito de apropiación indebida, sino también la existencia de un concurso de delitos con el n.º 1.º del art. 499 bis. Habida cuenta que su posición expresada en página 386, al examinar el delito de apropiación indebida, es posterior y supone un cambio de opinión, considero que RODRIGUEZ DEVESA no ha modificado, por involuntaria omisión, la sección dedicada a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo. Por esta razón, no incluyo a este autor en la nota n.º 3.

(6) Cfr. explícitamente: RODRIGUEZ DEVESA, *ob. cit.,* p. 386; RODRIGUEZ RAMOS, *Apuntes,* cit. p. 326.

del art. 535 del C.p. No hay nada que objetar a la idea de que el empresario, originariamente poseedor de una cantidad de dinero como propietario de la misma, se convierta en depositario o mandatario de ella con obligación de entregarla a la Tesorería general de la Seguridad Social; pero lo que resulta difícil de compartir es la idea de que el empresario ha *"recibido"* el dinero, que es lo que que precisamente habría que empezar por demostrar y que, sin embargo, el Tribunal Supremo no demuestra. Pese a todo, algún autor ha pretendido efectuar semejante demostración, arguyendo sutilmente que en el caso que nos ocupa "se produce jurídicamente una "recepción" de las cantidades que integran la retención, aunque en la práctica y por razones de economía de tiempo y contabilidad no se entrega al trabajador materialmente la totalidad del salario y éste devuelve la parte correspondiente a su cuota a la Seguridad Social" (7). Mas, tal argumentación tampoco es convincente y resulta, cuando menos, cuestionable.

Para entenderlo así, hay que recurrir a las reglas de interpretación de las normas penales y a las exigencias garantistas dimanantes del principio de legalidad. El intérprete del precepto penal en comentario en modo alguno puede desconocer que el legislador español, al describir el injusto de la apropiación indebida, ha empleado el verbo "recibir" y, en consecuencia, el escrupuloso cumplimiento del principio de legalidad obliga a exigir que, para que se integre el delito del art. 535, el sujeto activo haya *recibido la cosa mueble* por título que produzca obligación de entregarla o devolverla. Pues bien, según el Diccionario de la Real Academia, "recibir" (en las acepciones que aquí interesan) significa "tomar uno lo que le dan o le envían" o "hacerse cargo uno de lo que le dan o le envían". Desde la perspectiva gramatical, por consiguiente "recibir" es un verbo semánticamente recíproco de otros verbos, o sea, el "recibir" necesita un "dar" o un "enviar". Y, en el art. 535 del C.p., lo que se *da* o *envía* tiene que ser —por imperativo legal— la *cosa mueble,* la cual, a su vez, debe ser *recibida* por el sujeto activo del delito; sin embargo, en el caso que nos ocupa no puede sostenerse —so pena de violentar el significado gramatical de las palabras— que los obreros *dan* o *envían* una cosa mueble (el dinero) al empresario y que, por su parte, éste la *recibe,* por la sencilla razón de que el dinero nunca ha salido del patrimonio del empresario.

Frente a lo que antecede, no se puede alegar que "jurídicamente" se ha producido una "recepción", porque —para decirlo claramente— si no hay una entrega o un envío materiales previos, nunca puede hablarse de recepción, y si, pese a ello, se hace, entonces se le está otorgando al vocablo "recibir" un sentido que traspasa los posibles significados gramaticales, se está efectuando en definitiva una interpretación que rebasa el "tenor literal posible" (8) de la palabra en cuestión. A la postre, a mi entender, si se invoca que jurídicamente hay una recepción es porque, de forma simultánea, se está manejando un sentido "analógico" de tal recepción, que debe ser repudiado por ser *"in malam partem".* En cualquier caso, si no se está de acuerdo con ello, debería convenirse al menos en que la exégesis del art. 535 en los supuestos que nos ocupan llevada a cabo por la jurisprudencia debe calificarse de manifiestamente extensiva; si, además, tal interpretación es en perjuicio del reo y si el sentido del texto legal resulta,

---

(7) RIVERA HERNANDEZ, *La protección penal,* cit., p. 27.

(8) Cuando se traspasa el límite fijado por el sentido o el tenor literal posible, ya se ha entrado en el terreno de la analogía. En este sentido, vid. p. ej.: COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S., *Derecho penal. Parte general,* Valencia 1984, p. 147; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general,* Barcelona 1984, p. 71.

cuando menos, dudoso, el Tribunal ha de invocar el principio *"in dubio pro reo"* en su significación material, o sea, *"in dubio pro libertate"*. (9).

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta otras consideraciones de interés en lo que atañe a este punto: el art. 535 contiene un tipo que especifica una serie de actividades concretas que *dotan de sentido* a la figura de la apropiación indebida, y, en ellas, se incluye la actividad de "haber recibido". En otras palabras, el verbo del cual depende la resolución del problema planteado, aparte de especificar una actividad concreta, aparece configurado como uno de los elementos nucleares de este delito. Que esto es así ha sido reconocido precisamente por el propio Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia —en oposición a lo sustentado por la doctrina científica tradicionalmente dominante— ha venido reconociendo que la diferencia entre los delitos de hurto y apropiación indebida debe establecerse en atención al modo objetivo de perpetración y no sobre la base de la existencia o inexistencia de un título posesorio previo por parte del que se apodera de la cosa. Criterio delimitativo señalado, por ejemplo, en la Sentencia de 25 de junio de 1974, la cual sitúa claramente la distinción entre el hurto con abuso de confianza y la apropiación indebida "en los verbos que son núcleo del tipo de uno y otro delito: tomar, en el hurto, recibir en la apropiación indebida"; posición jurisprudencial expuesta en reiteradas sentencias (Vid., p. ej., la más reciente Sentencia de 9 de julio de 1982., en la que se efectúa la diferenciación entre ambos delitos en términos idénticos, y, partiendo de semejante premisa, se castiga a un servidor de la posesión por delito de apropiación indebida y no por delito de hurto con abuso de confianza). Creo que efectivamente tiene razón la moderna jurisprudencia al fijar la distinción sobre la base de la dinámica comisiva, que es diversa en ambos supuestos, aunque el razonamiento que se utilice sea un tanto contradictorio; contradictorio porque, con todo, el Tribunal Supremo sigue afirmando en numerosas sentencias que el vocablo "título", empleado en el art. 535 del C.p., debe ser entendido como título traslativo de la posesión. Afirmación peligrosa, ya que, justamente, de esta manera la jurisprudencia viene a corroborar el principal argumento esgrimido por la doctrina dominante para diferenciar los delitos de hurto y apropiación indebida: existencia o inexistencia de un título posesorio. Acontece, sin embargo, que —como ha demostrado, a mi entender, convincentemente VIVES— la exigencia de que el título sea un título traslativo de la posesión no sólo no se halla contenida en el art. 535, sino que está en manifiesta contradicción con el texto legal, habida cuenta que, sin entrar aquí en mayores consideraciones, lo que se exige en el art. 535 no es que se haya recibido en virtud de título la posesión de la cosa, sino la cosa misma, declarándose expresamente que "cualquier" título basta para integrar el presupuesto, con tal de que produzca obligación de entregar o devolver la cosa (10).

De las reflexiones que se acaban de efectuar interesa, pues, retener a efectos argumentativos varias cuestiones. En primer término, hay que compartir la reciente posición jurisprudencial, que llega a la conclusión de situar en la dinámica comisiva la línea diferencial entre los delitos de hurto y apropiación indebi-

---

(9) Vid. por todos: COBO/VIVES, *ob. cit.*, p. 108.

(10) Vid. VIVES ANTON, T.S., *El contenido sustancial del delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor,* en *"Delitos contra al seguridad del tráfico y su prevención"* (presentación de M. Cobo del Rosal), Valencia 1975, pp. 407 y ss.

da. En segundo lugar, debe reconocerse, empero, que, si se quiere ser consecuente con este punto de partida, la exigencia de que exista un título posesorio previo por parte del que se apodera de la cosa no es lo que, cabalmente, caracteriza al delito de apropiación indebida y, en consecuencia, no resulta un criterio válido para distinguir este delito del hurto. En tercer lugar, hay que colegir, en definitiva, que lo que verdaderamente delimita el injusto del art. 535 del C.p. es (recuérdese, como reconoce el propio Tribunal Supremo) el verbo rector del tipo: "haber recibido".

Que todas estas consideraciones no son ociosas lo demuestra el hecho de que la jurisprudencia del alto Tribunal, a la hora de examinar la conducta del empresario que retiene las cuotas obreras a sus trabajadores y no las ingresa en la Tesorería General de la Seguridad Social, se empeña en poner de manifiesto que el empresario comete el delito del art. 535 porque no posee tales cuotas "a título de dueño, sino en otro muy distinto, oscilante entre el mandato y el depósito, que obliga a ingresar su totalidad en las arcas de la Seguridad Social" (Vid., p.ej., S. de 7 de julio de 1984). Nuestro Tribunal Supremo, por tanto, utiliza como argumento central para apreciar la figura de la apropiación indebida la existencia de un título posesorio, declarando reiterada y unánimemente que "la retención por título de mandato o depósito y subsiguiente apoderamiento agotan por completo el tipo" (Vid. p. ej. S. de 21 de octubre de 1983). Evidentemente, las afirmaciones llevadas a cabo por el Tribunal Supremo son certeras en lo que atañe a la presencia de un título posesorio en el empresario, pero no lo son en lo que se refiere a la suficiencia de éste para integrar el tipo delictivo. Es más, tal razonamiento viene a contradecir la propia jurisprudencia de la sala 2.ª en lo que concierne a la doctrina creada en torno a las diferencias entre los delitos de hurto y apropiación indebida: al abordar el tema de la apropiación de las cuotas obreras, el Tribunal Supremo se olvida del verbo "recibir", pese a que —como ya indiqué— en repetidas ocasiones lo califique, acertadamente, de "verbo núcleo del tipo"; por el contrario, centra toda su atención en un aspecto (la existencia del título posesorio), que —aparte de contradecir su propia doctrina— a mi entender es irrelevante.

Por lo demás, el llevar a sus últimas consecuencias la sutil argumentación del Tribunal Supremo y de un sector doctrinal permite poner de relieve más nítidamente, si cabe, el razonamiento analógico en el que en realidad descansa la estimación del delito de apropiación indebida. Me refiero al supuesto en el que el empresario alega que ya en el momento de practicar la retención de la cuota de sus trabajadores carecía de medios de pago para hacerlas efectivas en la Tesorería general de la Seguridad Social. Como ya apunté, la jurisprudencia considera que en estos casos no cabe negar la aplicación del art. 535. No obstante, por lo que alcanzo a ver, la doctrina científica es unánime al afirmar que en las hipótesis de real carencia de medios del empresario no es posible admitir el delito de apropiación indebida (11); posición sustentada incluso por autores que, sin embargo, se muestran partidarios de aceptar claramente la existencia de esta figura delictiva en los supuestos generales (12).

---

(11) Vid. por todos BAJO FERNANDEZ, *Derecho penal económico,* cit., p. 547. El hecho de que en determinados supuestos sea posible recurrir a otras figuras delictivas (v. gr. alzamiento de bienes o quiebra) no afecta al razonamiento que se efectúa en el texto.

(12) Así lo entiende MORILLAS CUEVA, *El problema,* cit., p. 176.

De todas formas, si se comparten las premisas sentadas por nuestro Tribunal Supremo, parece difícil denegar la aplicación del art. 535 porque los elementos que configuran estos comportamientos son los mismos que existen en las hipótesis generales: el empresario retiene el dinero correspondiente a la cuota de sus obreros, por lo que pasa a ser poseedor del mismo a título de depósito o mandato, y, al no ingresar la cantidad legalmente debida en la Tesorería de la Seguridad Social, transmuta esa posesión originaria lícita en una propiedad ilícita con evidente perjuicio (o, al menos, con el "mismo" perjuicio que se ocasiona en las hipótesis generales) para los trabajadores y para la Seguridad Social. Los autores que rechazan la estimación del art. 535 en tales conductas argumentan que el empresario no puede apropiarse o distraer lo que no existe, ni puede obrar en tal caso con ánimo de lucro igualmente inexistente; mas, a mi juicio, con semejante argumentación se incurre en un equívoco que conviene deshacer. El "apropiarse" y el "distraer", verbos usados en el art. 535, son modalidades específicas de acción y no el resultado del delito; por consiguiente cuando el empresario, finalizado el plazo marcado por la Ley para ingresar las cuotas en las arcas de la Seguridad Social, no hace efectivo el pago correspondiente, automáticamente "se apropia" de o "distrae" una cosa mueble ajena. Por otra parte, tampoco se puede invocar que no concurre ánimo de lucro, pues, desde una perspectiva lógica, no resulta correcto rechazar la presencia de un elemento subjetivo sobre la base de la pretendida inexistencia de un elemento objetivo del tipo: no es posible establecer una especie de relación de causalidad entre ambos elementos. Es puridad de principios lo que debe tomarse en consideración es el hecho de que el empresario retiene dinero con obligación de entrega y que, pese a ello, incumpliendo dicha obligación, no lo ingresa en los términos legalmente prevenidos. Pues bien, conceptualmente, si el empresario no efectúa el pago de un dinero que debía ingresar, no cabe duda alguna de que su patrimonio se ve acrecido injustamente (no satisfizo una deuda que tenía que satisfacer), o sea, enriquecido y, en consecuencia, su comportamiento le proporciona un lucro. Ahora bien, que este comportamiento *objetivo* vaya regido por un especial *"animus"* es algo que no puede vincularse al mero hecho de que el empresario sea, o no, insolvente: existirán supuestos en los que el empresario insolvente realice la conducta *objetiva* descrita con ánimo de lucrarse y puede haber supuestos en los que no obre con tal ánimo; así como también un empresario solvente puede actuar, o no, con ánimo de lucro.

Con las aclaraciones expuestas no intento demostrar que el Tribunal Supremo tenga razón al condenar en los casos de referencia por delito de apropiación indebida, ni tan siquiera que los razonamientos utilizados en las Ss. de 9 de diciembre de 1976, 17 de febrero de 1977 o 22 de enero de 1979 sean adecuados; simplemente pretendo llamar la atención sobre la idea de que si se está de acuerdo con la jurisprudencia en lo que atañe a la interpretación analógica del verbo "recibir", en la inteligencia de que existe jurídicamente una "recepción", no puede argüirse posteriormente, con rigor, que, en los casos en los que el empresario carece totalmente de medios de pago, éste no puede apropiarse de lo que no existe. En un plano puramente lógico, allí donde hay jurídicamente una recepción, puede posteriormente existir al menos también "jurídicamente" una apropiación. Es más, como se acaba de afirmar, no creo que en este segundo supuesto haya una simple apropiación "jurídica" (si se prefiere, "figurada"), sino una "auténtica" apropiación.

Mas, sea como fuere, lo cierto es que en la hipótesis de absoluta insolvencia

del empresario la calificación de apropiación indebida parece que resulta todavía más forzada y chocante que en los —normales— casos de solvencia. En realidad, sin embargo, el supuesto es el mismo; lo que ocurre es que en su enunciación permite recordar con claridad algo muy importante y que patentiza la debilidad de la sutil reflexión del Tribunal Supremo, a saber, que las cuotas obreras no son *entregadas* al empresario por los trabajadores, sino que su importe estuvo siempre en manos del empresario, o, dicho de otra forma, que el empresario nunca *recibió* nada de los trabajadores y, por ende, las cuotas obreras que deben ingresarse en la Tesorería de la Seguridad Social salen siempre del propio activo de la empresa. A la postre, creo que sólo partiendo de esta premisa puede desestimarse el delito de apropiación indebida no sólo en los supuestos generales, sino también en las particulares hipótesis de total carencia de medios de pago por parte del empresario; únicamente así puede cobrar sentido la paradójica e irreflexiva contestación del Tribunal Supremo a los recursos planteados en las Sentencias anteriormente citadas, con la salvedad de que el razonamiento debe invertirse totalmente para admitir los mencionados recursos: desde la óptica naturalística y, a fin de cuentas, desde el más escrupuloso respeto al principio de legalidad, el empresario insolvente no podía *tener* el dinero "jurídicamente" descontado por la sencilla razón de que no lo había *recibido;* y —ahora creo que la conclusión es válida—, por consiguiente, el empresario no puede *apropiarse* indebidamente de un dinero que nunca ha *recibido.*

Examinada hasta aquí la cuestión con un enfoque de Derecho positivo, vamos a situarnos en otro plano (una perspectiva *de lege ferenda),* de acuerdo con el plan anteriormente trazado. En este sentido, se trata de analizar si la solución de la atipicidad de las conductas en comentario —solución, a mi juicio, correcta si nos atenemos al Código penal vigente—, debe considerarse en cualquier caso satisfactoria, o si, por el contrario, resultaría aconsejable modificar la regulación en vigor o, incluso, crear una nueva figura de delito específicamente destinada a sancionar este tipo de comportamientos. Téngase en cuenta a este respecto que, obviamente, una cosa es rechazar la apreciación del delito de apropiación indebida por imperativo del principio de legalidad y otra, muy distinta, estimar que la apropiación de cuotas obreras no deba ser merecedora de castigo penal.

A mi entender, esta acción debería ser considerada como delito. En términos generales, jurisprudencia y doctrina científica (13) coinciden en torno a la idea de que dicha apropiación debe ser sancionada penalmente, dada la importancia de los bienes jurídicos que se lesionan. Es más, la conducta antijurídica que venimos comentando es pluriofensiva: de un lado, existe un evidente perjuicio para la Seguridad Social; de otro, concurre un perjuicio para el trabajador individualmente considerado.

De todos modos, conviene subrayar que —aunque el tema pueda ser en algunos puntos opinable—, desde luego, el objeto jurídico que se lesiona directa e inmediatamente no es el interés *individual* del trabajador en concreto, sino un interés público, el patrimonio de la Seguridad Social, bien jurídico de gran relieve comunitario desde el momento en que resulta imprescindible para el logro de un correcto funcionamiento del régimen de la Seguridad Social, lo cual se erige

(13) De todos modos no hay unanimidad absoluta: así, como ya se ha apuntado, RODRIGUEZ DEVESA considera que "la incriminación de estos hechos supone infringir el principio de intervención mínima". Vid. supra nota 5.

como uno de los objetivos reconocidos por la denominada "Constitución económica" (Cfr. art. 41 de nuestra Constitución). Y, en este sentido, no puede desconocerse la gran trascendencia que posee este interés público, concretado en los intereses de los trabajadores como "fuerza económica", es decir, como "protagonistas de un determinado desenvolvimiento económico", puesto que, al lado de los empresarios y los consumidores, los trabajadores constituyen una de las partes de mayor relevancia del orden económico (14). Así concebida, la conducta de apropiación de la cuota obrera de la Seguridad Social debería ser sancionada penalmente por vulnerar este interés comunitario y, por consiguiente, la figura delictiva que la contemplase debería ser catalogada como un delito contra el orden socio-económico. Ciertamente, como indiqué anteriormente, es posible hablar de un perjuicio para el trabajador al que el empresario retiene la cuota obrera; pero tal perjuicio debe calificarse necesariamente de "indirecto" —calificativo que utiliza la doctrina (15) y la jurisprudencia (16)— en el sentido de que dimana del hecho de que el trabajador quede transitoriamente en descubierto con la Seguridad Social. Y, a este respecto, conviene no olvidar que, aunque existan defectos de cotización, la entidad gestora de la Seguridad Social atiende directamente al pago de aquellas prestaciones regidas por el llamado principio de *automaticidad absoluta* e incluso al de aquellas prestaciones a las que se aplica el principio de *automaticidad relativa* (17). En definitiva, el perjuicio para el *patrimonio individual* del trabajador (no se olvide, bien jurídico protegido en el vigente art. 535 del C.p.) provendría de una hipotética, futura e incierta deficiencia en el funcionamiento de los principios de automaticidad; un perjuicio, en suma, que perfectamente puede no concurrir o que puede resultar de dudoso contenido económico, a diferencia de la lesión que se causa a la Seguridad Social, para la cual sí existe efectivamente un perjuicio patrimonial real, actual y determinado. Recuérdese, por último, que es el empresario el responsable de las prestaciones causadas durante el descubierto y, que, consecuentemente, la entidad gestora tiene el derecho de repetir contra el empresario en lo que atañe a las prestaciones anticipadas por ella, así como, por supuesto, el derecho de exigir el pago de las cotizaciones (18).

De lo expuesto, cabe colegir que era acertada la regulación del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (PLOCP), al describir con precisión la conducta de apropiación de las cuotas de Seguridad Social correspondientes a la aportación de los trabajadores (art. 359). Este precepto se contenía en el capítulo V ("De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales") del título VIII ("De los delitos contra el orden socio-económico"). Como con razón se ha afirmado en nuestra doctrina, incluir este tipo de comportamientos en el marco

---

(14) BAJO FERNANDEZ, M., *La Constitución económica española y el Derecho penal,* en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal (Semana de Derecho penal en memoria del Profesor Julián PEREDA, S.J.),* Bilbao 1983, pp. 179 y s.

615) Vid. p. ej.: MORILLAS CUEVA, *El problema,* cit., p. 174.

(16) Vid. p. ej.: S.T.S. de 22 de enero de 1979.

(17) Cfr. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social,* cit., pp. 301 y s.

(18) Vid. ALONSO OLEA, *ibidem.*

(19) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos contra intereses generales o derechos sociales,* en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (V Jornadas de Profesores de Derecho penal),* n.º 6 monográfico, Madrid, 1983, p. 578; JOVE JANE, J. y MORALES PRATS, F., *La protección penal del trabajo ante el debate legislativo,* Separata de la *Revista Técnico Laboral,* n.º 6, octubre-noviembre-diciembre, Barcelona 1980, p. 30.

de la figura delictiva de la apropiación indebida supondría incurrir en el error de privatizar genuinos intereses colectivos o sociales, como los que en este caso se pretende tutelar (19). Ahora bien, lo que ya no resulta tan compartible en la regulación del PLOCP es el castigo que se anuda a la conducta que se contempla en el art. 359 (pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses), el cual parece bastante benévolo. En esta línea de pensamiento nuestra doctrina ha censurado la excesiva benignidad de estas penas, en comparación con las sanciones que se estatuyen para el delito de apropiación indebida: así, se ha llegado a afirmar que "el orden socioeconómico bajo cuya rúbrica se sitúa este delito (s.c., el del art. 359), sin duda porque puede afectar a una gran masa de trabajadores y, en todo caso, a la Seguridad Social, que se financia con las aportaciones de todos, se convierte una vez más inexplicablemente en motivo de atenuación" (20); y también se ha objetado claramente que el tipo del art. 359 "no es sino una apropiación indebida (en la forma de "distracción" que se regula en el art. 261), pero inexplicablemente "beneficiada" con un máximo menor de la pena privativa de libertad" (21).

Como acabo de apuntar, debe compartirse la crítica a la benignidad de las sanciones que se establecían en el PLOCP de 1980. Con todo, es preciso efectuar una serie de matizaciones en lo que atañe a este punto y, con ello, relativizar un poco afirmaciones como las realizadas por los autores que se acaban de citar. En primer término, las penas previstas para el delito de apropiación indebida en el art. 261 (que se remitía a los arts. 256 y 258, en materia de estafa) se imponían únicamente a aquellas defraudaciones que sobrepasasen determinada cantidad o en el supuesto de que su autor fuese reincidente, ya que, de no cumplirse alguno de estos requisitos, la infracción era constitutiva tan sólo de falta. En segundo lugar, es cierto que las sanciones asignadas al delito de apropiación indebida podían elevarse notablemente en determinadas circunstancias, que permitían agravar las penas con que se castigaba el tipo básico; pero, no debe olvidarse que la sanción base del art. 359 estaba compuesta, *además,* de una pena de multa de seis a doce meses y que, asimismo, en el delito de apropiación indebida se preveía un tipo privilegiado —inexistente en el art. 359— al cual se anudaba una pena de escasa entidad. En tercer lugar, interesa tener en cuenta, sobre todo, que al hablar de "beneficio inexplicable" para referirse al delito del art. 359, se está partiendo de la base de que las conductas en comentario encajan en la figura de la apropiación indebida; lógicamente, la valoración de la gravedad de las sanciones tiene que ser distinta si se está de acuerdo con la premisa de que dichas conductas no son incluibles en el delito de apropiación indebida y que, por tanto, los hechos serían atípicos de no existir la norma que se proyectaba en el art. 359 del PLOCP de 1980. Por último, conviene no olvidar tampoco que las penas previstas en este precepto no resultaban —ni mucho menos— extrañas si se cotejaban con las que se imponían a los restantes delitos contra el orden socio-económico; incluso cabría argüir que estas penas eran —materialmente— bastante elevadas si se comparaban con las que se contemplaban en figuras delictivas similares a ella. (Vid. en este sentido, p. ej. arts. 360 y 370, en los que,

---

(20)MUÑOZ CONDE, F., *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal,* en *Cuadernos de Política Criminal,* 1982, n.º 16, p. 120.

(21) STAMPA BRAUN, J.M.ª y BACIGALUPO, E., *La reforma del Derecho penal económico español,* Madrid 1980, p. 14.

a pesar de que las sanciones eran iguales o parecidas, éstas entraban únicamente en juego cuando la defraudación fuese superior a dos o tres millones de pesetas).

En síntesis, es posible que los marcos penales que se articulaban para el art. 359 no estuviesen en consonancia con la gravedad del injusto que se describía en este precepto; pero esta falta de sintonía valorativa creo que no debe buscarse tanto en el cotejo efectuado entre dos figuras delictivas que presenten una semejanza estructural más o menos acusada, cuanto en la propia "atenuación" que inspira a todos aquellos delitos que se cobijan en la noción de orden socio-económico. Una atenuación acentuada e incomprensible con respecto al concepto de patrimonio individual, que, pese a todo, no resultó suficiente para poder convertir en Ley el Proyecto de 1980, relegado a mera historia de la codificación penal española sin duda —entre otras causas, claro es, aunque sociológicamente similares— por incurrir en la "imprudencia" de tratar de crear un nuevo título de delitos contra el orden socio-económico.

Desde luego, por lo que respecta al tema que estoy tratando, la solución que ofrecía el PLOCP de 1980 con la introducción del art. 359 era incomparablemente mejor —desde todos los puntos de vista— que la situación en la que nos encontramos en el momento presente. Y, asimismo, una solución preferible a la que se perfila en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (PANCP) de 1983, en la cual no se contiene una norma semejante a la del art. 359 del PLOCP: no se sabe bien si esta omisión obedece al hecho de que los autores de la PANCP aceptaron las enmiendas n.^{os} 1591 y 1592, efectuadas por el Grupo de Coalición Democrática al PLOCP de 1980, en las que se proponía la supresión de los arts. 359 y 360 por considerar que estos hechos han sido resueltos jurisprudencialmente a través del delito de apropiación indebida, o si, por el contrario, la omisión se fundamenta en la idea de considerar que con el (ligeramente reformado en relación al concordante precepto del PLOCP) art. 291 de la PANCP puede sancionarse inequívocamente la apropiación de cuotas obreras. En lo que concierne a la primera presunta causa de omisión, nada tengo que añadir a lo expuesto en páginas precedentes. Por lo que respecta a la segunda, únicamente quisiera agregar dos observaciones: de un lado, que el delito sólo existiría si se hubiese defraudado un mínimo de dos millones de pesetas a la Seguridad Social, imponiéndose a esa conducta una pena de multa, y, de otro lado, que el art. 291 alude a la defraudación por elusión del pago de "cotizaciones *empresariales*". (22).

III

De acuerdo con la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de 8 de septiembre de 1978, determinadas personas tienen la obligación de retener e ingresar en el Tesoro ciertas cantidades. Dicha obligación aparece consagrada fundamentalmente en los arts. 10 y 36 de la citada Ley. En el art. 10 se describe el aspecto sustantivo de la obligación, señalando cuáles son las personas (y en qué supuestos) que están "obligadas a retener, en concepto de pago

(22) Entendiendo la causa de la omisión en el segundo de los sentidos a que se alude en el texto, vid. BACIGALUPO, E., *Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal*, en *Revista d ela Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 6 monográfico, cit., p. 73, quien critica también el contenido del art. 291.

a cuenta, la cantidad que proceda e ingresar su importe en los casos que reglamentariamente se establezcan". El art. 10 se complementa con el art. 147 del Reglamento del IRPF, que es la norma que reglamentariamente específica de forma detallada quienes están obligados a retener. Por su parte, el art. 36 establece una presunción, en la que se contempla una dispensa de prueba sobre la realidad de la retención y una denegación de prueba sobre la no realización de la misma.

Nos encontramos, pues, ante un comportamiento que, desde la óptica jurídico-penal, es esencialmente el mismo que se acaba de analizar con respecto a la apropiación de la cuota obrera de los trabajadores por parte del empresario que retiene y, pese a ello, posteriormente no realiza el ingreso pertinente. En efecto, en el marco de la Ley del IRPF la conducta que ahora corresponde examinar es la relativa a aquellas persona que, después de haber retenido determinadas cantidades en concepto de pago a cuenta, omiten dolosamente la declaración de retenciones con objeto de no efectuar el correspondiente ingreso de las cantidades previamente descontadas y, por tanto, con la finalidad de apropiárselas.

Semejante conducta es sancionada administrativamente como infracción tributaria, conforme al art. 39-2 de la Ley del IRPF. En este precepto se afirma que "cuando la falta de ingresos de las cantidades retenidas por los sustitutos sea conocida por la Administración, de oficio o a instancia de personas distintas del sujeto pasivo sustituto, la falta de ingreso será calificada en todo caso como defraudación, y castigada con la sanción máxima aplicable a este tipo de infracciones, con independencia de la responsabilidad penal que en su caso proceda".

No obstante, a pesar de esta última declaración, hay que comenzar diciendo que, a diferencia de la hipótesis atinente a la cuota obrera de la Seguridad Social, nuestro Tribunal Supremo no ha castigado esta clase de comportamientos como delito de apropiación indebida. Por el contrario, la Administración fiscal ha admitido la posibilidad de aplicar el delito del art. 535 del C.p. (23) y, asimismo, la doctrina tributarista ha preconizado la calificación de delito de apropiación indebida, incluso con trabajos específicamente dedicados a este tema (24). Por su parte, en fin, la doctrina penalista únicamente se ha ocupado de esta cuestión —aún sin referencia concreta a un impuesto determinado— de forma marginal: al estudiar el delito fiscal se ha planteado la posibilidad de que, en los casos que aquí interesan se acuda a un concurso de delitos entre los preceptos de los arts. 349 y 535 del C.p. Pues bien, de manera incidental —repito— la doctrina dominante se ha pronunciado a favor de la existencia del delito de apropiación indebida (25). Tan

---

(23) Cfr. PALAO TABOADA, C., *Comentarios a la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas,* de J.J. Ferreiro Lapatza, J. Martín Queralt, J. Lasarte Alvarez y C. Palao Taboada, Madrid 1983 (art. 39), pp. 581 y s. y nota 9. Cita este autor la Instrucción n.º 1 de la antigua Dirección General de Inspección Tributaria de 26 de enero de 1976, apartado d), y las Instrucciones n.º 2/80, de 15 de octubre de la Inspección Central, apartado 7.

(24) Vid. a este respecto: LOPEZ VILLEGAS, P., *Las retenciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas y el delito de apropiación indebida,* en *Crónica Tributaria,* n.º 35, 1980, pp. 107 y ss.; VILLANUEVA SEGURA, S., *El delito de apropiación indebida de cuotas impositivas retenidas o repercutidas,* en *Hacienda Pública Española,* n.º 63, 1980, pp. 209 y ss.

(25) Así: BAJO FERNANDEZ, *Derecho penal económico,* cit., p. 580; QUINTERO OLIVARES, G., *El nuevo delito fiscal,* en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública,* n.º 137, 1978, p. 1326; SERRANO GOMEZ, A., *Fraude tributario (delito fiscal),* Madrid 1977, p. 206; NOREÑA SALTO, J.R., *El delito fiscal,* (tesis doctoral), Madrid 1983, pp. 251 y s.

sólo yo mismo puse en tela de juicio la viabilidad de esta calificación, aunque, bien es cierto, con argumentos distintos a los expuestos en páginas anteriores. Distintos porque el razonamiento sobre el que se basaba la solución desestimatoria del delito de apropiación indebida se llevaba a cabo privativamente a partir de reflexiones jurídico-tributarias (26). En otras palabras, el rechazo del delito mencionado en la retención de impuestos no prejuzgaba el tratamiento de la conducta de apropiación de la cuota obrera de la Seguridad Social puesto que semejante rechazo no encontraba su fundamento en la interpretación del verbo núcleo del tipo ("haber recibido"), sino en consideraciones extraídas de la legislación y dogmática tributarias. Evidentemente, estas últimas consideraciones —efectuadas en términos genéricos— pueden reproducirse aquí en lo que concierne al IRPF; es más, considero que, incluso, en este impuesto la Ley es muy clara a efectos de demostrar la atipicidad de la conducta.

De todos modos, estos argumentos simplemente vendrán a reforzar más la conclusión general a la que se ha llegado en el epígrafe II con relación a la exégesis del verbo nuclear del delito de apropiación indebida. En efecto, resulta obvio que, desde esta perspectiva, todo lo que se ha afirmado respecto del verbo "haber recibido" es perfectamente trasladable a la hipótesis de retención de dinero en concepto de pago a cuenta por el IRPF; por consiguiente, también aquí debe denegarse la estimación del delito.

Aclarado este extremo, veamos cuáles son entonces esas "peculiaridades" que permiten confirmar definitivamente el rechazo del art. 535 del C.p. e incluso considerar que, si nos atenemos a la legislación vigente, tal solución es correcta desde un punto de vista de justicia material. Pues bien, la diferencia que cabe observar en este supuesto reside en el hecho de que aquí el bien jurídico es único y, por tanto, el sujeto pasivo de la infracción también es único. En la hipótesis de la apropiación de la cuota obrera de la Seguridad Social puede defenderse que, al lado del perjuicio que se causa a esta institución, existe otra clase de perjuicio para las personas de los trabajadores individualmente considerados, aunque se trate ciertamente de un perjuicio indirecto o mediato. Sin embargo, en la retención de cuotas por el IRPF sólo resulta perjudicada la Hacienda pública, la cual viene a ser así el único sujeto pasivo de la infracción, y su patrimonio el único objeto jurídico que se lesiona, puesto que no pueden entenderse en este caso que el "retenido" o "contribuyente-sustituído" sufra alguna clase de perjuicio patrimonial, o de otra índole, aunque sólo fuese de forma indirecta.

Empleo disyuntivamente los términos "retenido" o "contribuyente-sustituído" para dejar constancia de la polémica que en la actualidad se ha entablado en la doctrina tributarista acerca de la naturaleza jurídica de la institución que se contempla en los arts. 10 y 36 de la vigente Ley del IRPF. Para un sector doctrinal la obligación que se describe en estos preceptos constituye un supuesto de "sustitución tributaria" y, en consecuencia, las relaciones que se establecen entre el "sustituto", el "sustituído-contribuyente" y la Hacienda pública son las características y típicas de esta figura, tal y como aparece configurada en los arts. 32 de la Ley General Tributaria y 9 del Reglamento General de Recaudación 627). Por el contrario, otro sector —mayoritario— rechaza que la retención regulada en los

(26) Vid. MARTINEZ PEREZ, C., *El delito fiscal,* Madrid 1982, pp. 370 y s.

(27) Vid. en este sentido: FERREIRO LAPATZA, *Comentarios a la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas,* cit., (art. 10), pp. 90 y ss.

preceptos citados se adecúe a la institución de la sustitución tributaria y niega, consecuentemente, al "retenedor" la condición de sustituto del contribuyente (28).

Sea como fuere, califíquese al sujeto de la obligación de los arts. 10 y 36 de la Ley del IRPF como "retenedor" o como auténtico "sustituto", lo cierto es que si éste incumple su obligación de ingresar las cantidades descontadas en las arcas del Erario, ningún perjuicio patrimonial se produce para el sustituido o retenido, ya que únicamente es el retenedor el que incurre en responsabilidad ante la Hacienda pública y, por ello, se le sanciona administrativamente —como dije— conforme al art. 39-2 de la Ley del IRPF (precepto que, por cierto, utiliza la expresión de "sujeto pasivo sustituto"). En consecuencia, si sólo resulta perjudicada la Hacienda pública, solamente existe un bien jurídico protegido con un único titular.

Evidentemente, no es mi intención terciar en la polémica planteada en la dogmática tributaria; no obstante, a efectos expositivos vamos a aceptar como hipótesis que la obligación de referencia es un supuesto de sustitución tributaria. Esta aceptación posee la ventaja inherente a manejar una institución de contornos perfectamente dibujados en la legislación y doctrina tributarias; cosa que no ocurre si se rechaza, porque quienes lo hacen no se ponen de acuerdo en torno a cómo calificar entonces esa *obligación de retener*. Por otra parte, con independencia del juicio crítico que merezca la tesis de concebir dicha obligación como una auténtica sustitución (a mi juicio, es perfectamente defendible), no se puede desconocer (el Juez penal tampoco) que es la misma se sustenta por un autorizado sector doctrinal y que, por tanto, la naturaleza jurídica de esta institución es un tema que no está suficientemente esclarecido y que resulta, cuando menos, opinable. Pues bien, si se admite la hipótesis apuntada, creo que se puede demostrar con nitidez y sencillez que la conducta del sustituto no puede ser constitutiva del delito de apropiación indebida. En efecto, siguiendo el esquema de la sustitución tributaria, hay que tener en cuenta que la realización del presupuesto de hecho de la sustitución determina la extensión de la obligación tributaria al sustituto que, por consiguiente, éste ha de cumplir la obligación tributaria en lugar del contribuyente sustituído. En otras palabras, por ministerio de Ley el sustituto debe pagar *como propia* la obligación nacida a cargo del contribuyente sustituído. Y, en este sentido, no hay que olvidar que desde el momento en que el sustituto practica la retención —aún sin efectuar el ingreso— desaparece la obligación del contribuyente sustituído, el cual queda al margen del círculo de obligados al pago frente a la Hacienda pública; en definitiva, de esta suerte subsiste únicamente la obligación del sustituto, el cual viene a ocupar entonces "todo el lugar que antes compartía con el contribuyente sustituído" (29).

Así las cosas, en lo que atañe en concreto al IRPF, cabe observar una particularización del mismo esquema: el retenedor viene a sustituir a los perceptores de ingresos en el pago de una obligación accesoria de una obligación tributaria

---

(28) Vid. por todos: PEREZ DE AYALA, J.L. y GONZALEZ, E., *Curso de Derecho tributario, tomo I,* 3.ª ed., Madrid 1983, pp. 231 y s.; PALAO TABOADA, *Comentarios a la Ley,* cit., (art. 36), pp. 535 y s. Por esta razón, en el texto no se pretende utilizar la terminología en ese sentido técnico jurídico-tributario. En cualquier caso, tampoco hay inconveniente en el empleo del término "sustituto", porque la propia Ley del IRPF usa este vocablo expresamente.

(29) FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español,* 6.ª ed., Madrid 1983, p. 454.

principal, colocándose en lugar del contribuyente —con respecto a las cantidades retenidas— en el momento del cumplimiento de la obligación tributaria principal. Por tanto, si el retenedor no efectuó el ingreso correspondiente, a pesar de que previamente había descontado las cantidades legalmente prefijadas, la Administración no puede reclamar el pago al contribuyente, sino a la persona que se ha colocado en su lugar, por la sencilla razón de que la obligación del contribuyente ha desaparecido (30).

De todo lo que se acaba de apuntar debe inferir varias conclusiones. En primer término, la integración del tipo del art. 535 del C.p. resulta aquí mucho más artificiosa y forzada —si cabe— que en el supuesto anterior: no puede sostenerse, ni siquiera en sentido "figurado" o "jurídico", que el retenedor *ha recibido* una cosa mueble a título de *depositario,* puesto que él es el auténtico sujeto pasivo de la obligación tributaria. En segundo lugar, se verifica asimismo la hipótesis de que no existe perjuicio patrimonial alguno para el contribuyente sustituído. En tercer lugar, se confirma también la idea de que la conducta del sustituto sólo lesiona intereses jurídicos supraindividuales (el patrimonio del Estado). En definitiva, el injusto del comportamiento del retenedor se agota en la infracción del deber de contribuir; un injusto que, consecuentemente, es idéntico al que se describe en el art. 349 del C.p. (delito fiscal).

Por lo demás, de esta última afirmación se deduce que la solución de rechazar el delito de apropiación indebida resulta correcta —como anticipé— desde un punto de vista de justicia material con arreglo a la legislación penal actualmente en vigor. De optar por la aplicación del art. 535 del C.p., se llegaría a la insatisfactoria consecuencia de que, en muchos casos, una conducta de defraudación fiscal tuviese que ser castigada más severamente sin razón valorativa que lo justificase; y la insatisfacción es mucho mayor si se repara en el hecho de que, habida cuenta el límite mínimo necesario para la existencia del delito fiscal, en buen número de ocasiones la defraudación a la Hacienda pública por parte del sustituto o retenedor sería constitutiva de un delito mientras que esa misma defraudación llevada a cabo por el contribuyente permanecería impune. Por esta razón resulta coherente que —cuestiones técnicas aparte— nuestro Tribunal Supremo no haya sancionado nunca penalmente el comportamiento del sustituto que, después de haber retenido las cuotas impositivas legalmente previstas, no las ingresa en el Tesoro público: si los Tribunales prácticamente no han castigado la defraudación tributaria en general —incluso existiendo preceptos especialmente destinados a este fin—, es lógico que no hayan castigado un supuesto específico de defraudación impositiva, aplicando una norma que no fue creada para reprimir acciones de esta naturaleza.

Por último, repárese en que, lógicamente, la conducta del retenedor no permanecerá siempre en la órbita de la ilicitud administrativa, ya que se trata de una acción genuinamente constitutiva del delito fiscal. Por ello, el art. 349 del C.p. entrará siempre en juego. Ante esta observación puede objetarse que, entonces, semejante comportamiento solamente merecería la calificación de delito en supuestos bastante restringidos. No obstante, frente a dicha objeción hay que

---

(30) Cfr. FERREIRO LAPATZA, *Comentarios a la Ley,* cit., (art. 10), pp. 94 y s.

oponer, a su vez, que la misma encuentra su fundamento en una deficiente configuración legal del art. 349 y que, por consiguiente, la solución a este problema residiría nuevamente en la reforma legislativa (31); téngase presente, asimismo, que no se trata de un problema privativo del comportamiento antijurídico del retenedor tributario, sino de la defraudación fiscal en general. En este sentido, no hay inconveniente en reconocer que esta clase de infracciones debiera ser reprimida con mayor severidad y que, por ende, resulta pausible una modificación legal que conduzca a ese objetivo: como ha reiterado nuestra doctrina, el orden socio-económico se halla necesitado de una mayor protección por parte del Derecho penal, no sólo en lo que se refiere a la creación de nuevas tipicidades en nuestro texto punitivo, sino también en lo concerniente a la remodelación y agravación de sanciones de las figuras delictivas ya existentes. Y, en esta línea de pensamiento, quizá fuese aconsejable *de lege ferenda* (sobre la base de la regulación ofrecida por el PLOCP de 1980, que me parece la más acertada, en principio, con relación al tema que nos ocupa) equiparar más el marco penal del delito fiscal al marco del delito referente a la apropiación de las cuotas obreras de la Seguridad Social (32). De todas formas, semejante tarea de equiparación debe ser meditada cuidadosamente, porque, aunque el tema sea opinable, entre ambas figuras delictivas existen diferencias valorativas (si se admite que el injusto de la segunda de ellas no se agota exclusivamente en la lesión del patrimonio de la Seguridad Social) y también divergencias dimanantes de consideraciones político-criminales (si se comparte la idea de que las exigencias previas de un Estado de Derecho para la implantación de un delito fiscal son, en cambio, mayores que las requeridas para sancionar penalmente la apropiación de las cuotas obreras o que, al menos, y dicho en otras palabras, la "recta conciencia laboral" es superior a la "recta conciencia fiscal").

(31) No obstante, es preciso reconocer que la reciente Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública, ha otorgado nueva redacción a la figura del delito fiscal (ahora en el art. 349 del C. p.), subsanado los defectos de mayor entidad que poseía el antiguo art. 319. Pese a todo, subsiste un límite de 5 millones de pesetas —barrera que separa el delito de la simple infracción administrativa— que resulta en mi opinión bastante elevado.

(32) Obsérvese que la propuesta que se efectúa en el texto parte de la base de que inmediatamente debiera tipificarse específicamente la conducta de apropiación de la cuota obrera de la Seguridad Social, ya que, obviamente, si las consideraciones que se han llevado a cabo a lo largo de este trabajo son certeras, mal se puede equiparar el marco penal del delito fiscal al marco de un delito inexistente.

LA APROPIACION INDEBIDA DE LA CUOTA OBRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ¿UN DELITO INVISIBLE?

Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON
Magistrado de la Audiencia Provincial de S. Sebastián

El art. 41 de la Constitución Española establece como una obligación de los Poderes Públicos el mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en casos de desempleo. La conservación de este sistema de Seguridad Social, consagrado constitucionalmente, requiere necesariamente un patrimonio, que pertenece a todos los ciudadanos destinatarios de sus prestaciones, y que debe ser protegido, incluso penalmente. La protección penal de los intereses económicos de la Seguridad Social tiene el carácter específico y la relevancia suficiente como para haber motivado que los redactores de la Propuesta de Código Penal de 1983 le hayan dedicado una sección propia, bajo el epígrafe "De los delitos relativos a la Seguridad Social y a la contratación de trabajadores", dentro del capítulo "De los delitos laborales", —lo que es significativo, en cuanto representa una toma de consideración de los intereses de los trabajadores como bien jurídico específico, penalmente digno de protección—, y del Título de los llamados "Delitos Socioeconómicos". Sin embargo en la "Propuesta" no se contempla como delito específico una conducta que sí estaba descrita y sancionada en el anterior Proyecto del Código Penal de 1980, que ha servido de base a la elaboración de la Propuesta: se trata, en términos generales, de la apropiación por parte del empresario de la cuota obrera de la Seguridad Social.

Este es un hecho de frecuente comisión, y que podríamos describir siguiendo alguna de las sentencias del Tribunal Supremo que la ha sancionado. Así, por ejemplo, la sentencia de 1.º de Marzo de 1980 recoge un caso en el que "los procesados, al realizar el pago de los jornales de los obreros, detrajeron el importe de la cuota de cotización a la Seguridad Social, y en vez de ingresar en el Instituto Nacional de Previsión las cantidades correspondientes las destinaron a usos propios y de la Sociedad en perjuicio del Instituto".

Este hecho delictivo es el objeto de examen en este trabajo, que lleva un título necesitado, quizás, de explicación. La pregunta "¿un delito invisible?", responde a una doble reflexión: en primer lugar, su desaparición como tipo específico en la propuesta del Código Penal de 1983, realizada por encargo del Gabinete Socialista, cuando aparecía un cambio perfectamente recogido en el art. 359 del Proyecto de 1980. En segundo lugar, la paradoja de que pese a tratarse de un hecho de muy abundante comisión, cuya tipificación delictiva está clara y

reiteradamente señalada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, sin embargo el número de casos que se ven en las Audiencias Provinciales es escasísimo, meramente simbólico, y sin proporción alguna con la realidad delictiva: es un delito que se comete frecuentemente pero invisible prácticamente para los Tribunales de Justicia. Procede examinar las razones motivadoras de estos hechos y extraer las consecuencias procedentes. Pero antes debemos examinar otros aspectos de este hecho delictivo.

En primer lugar, su tipificación. La conducta antes descrita era inicialmente considerada como atípica por la jurisprudencia (sentencia de 26 de marzo de 1955, por ejemplo), pasando el Tribunal Supremo, en lo que se ha denominado "un alarde de interpretación progresista" (1) a considerar que estos hechos son constitutivos de un delito de apropiación indebida previsto en el art. 535 del Código Penal. Analicemos por tanto, someramente, este tipo delictivo:

Art. 535: "Serán castigados con las penas señaladas en el art. 528 (estafa) los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negar en haberlos recibido. La pena se impondrá en grado máximo en caso de depósito miserable o necesario".

Este delito requiere los siguientes elementos integradores, según la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 13-12-1976, 30-2, 12 y 17-5 de 1977, 14-10-1978, 23-2 y 15-6 de 1979, 8 y 27-5 de 1980, etc...).

1.º.—En cuanto al objeto, que se trate de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble.

2.º.—En cuanto al título, que la posesión de los objetos indicados se reciba *o tenga* en depósito, comisión, administración o cualquier otra que transmita la posesión o tenencia recibida, de forma expresa o tácita, pero no de forma furtiva o clandestina que excluya su legalidad, aunque sin atribuir al receptor el dominio o propiedad de dichas cosas.

3.º.—En cuanto a la dinámica comisiva, que el receptor inculpado aprovechando las facultades que la expresa tenencia legal le proporciona, convierta o trueque la posesión accidental y transitoria, con fines predeterminados, en propiedad antijurídica propia, asumiendo facultades dispositivas que sólo al dueño competen.

4.º.—En cuanto al resultado que existe un perjuicio real o intentado, cierto y precisado para el depositante, comitente, mandante comandante o "dominus" en general, o para un tercero.

5.º.—Como elemento subjetivo del injusto, que exista un ánimo de lucro sin necesidad de entenderlo en el sentido estricto de un enriquecimiento material, sino en el de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, ventaja, satisfacción o utilidad, aunque fueran meramente contemplativas o de ulterior liberalidad o beneficencia.

Por otra parte la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha elaborado un importante cuerpo de doctrina en aplicación del delito de apropiación indebida, que siguiendo la sentencia de 13 de mayo de 1977, podríamos resumir en las

---

(1) BAJO FERNANDEZ, M. "Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial". Civitas 1978, pág. 544.

siguientes reglas:

A) El delito de apropiación indebida no surge en el instante del cobro del dinero efectivo o cosa mueble, sino en aquel en que se dispone del dinero cobrado (sentencia de 19-6 de 1962).

B) Las nociones del depósito, comisión o administración, a que el precepto refiere no lo son con criterio cerrado "númerus clausus", ni de contenido excluyente o exhaustivo, sino que la enumeración es más bien ejemplificadora y referente a similares supuestos de carácter enunciativo y abierto (sentencias de 27 de junio de 1959, 18 de mayo de 1963, 4 y 24 de febrero de 1971).

C) Que el recipendiario adviene como mero tenedor, mero poseedor sin facultad de disposición libre, fuera de los cauces trazados por el comitente, con posesión legítima pero mediatizada por predeterminadas y concretas facultades de disposición que no puede válidamente traspasar; *consistiendo este injusto penal en transmutar la posesión jurídica legítimamente atribuída, en propiedad antijurídica penalmente ilícita;* tratándose por consiguiente de dinero o equivalente entregado en mera posesión con destino impuesto, predeterminado y prefijado, constituyendo una infracción criminal de resultado, un delito de enriquecimiento injusto que se obtiene en perjuicio de otro (sentencias de 19-2-70, 9 de febrero, 13 de abril y 11 de octubre de 1973, 25 de junio y 28 de octubre de 1975).

D) Que se refiere no sólo a los supuestos de mandato, representación y comisión, sino incluso también a los dos de mero encargo de actuación personal (sentencias de 16 de noviembre y 4 de febrero de 1971).

E) Que la comisión debe entenderse no en significación estrictamente jurídica o mercantilista, sino de acuerdo a su valor semántico ordinario en la práctica social (sentencias de 6 de octubre de 1956, 28 de febrero de 1968, 6 de noviembre de 1970, 4 de febrero y 25 de junio de 1971).

F) Que tanto se comprende la "apropiación", propiamente dicha como la "distracción" de lo entregado desviándolo de su destino, ya que se trata de un patrimonio separado con afectación e imposición de destino (sentencias de 2 de abril y 28 de mayo de 1974 y 18 de abril y 25 de junio de 1975).

Partiendo de esta tipificación legal y de la doctrina jurisprudencial que analiza el delito, parece claro que la conducta objeto de estudio puede ser sancionada como apropiación indebida. En efecto, en élla concurre: 1.º) naturaleza mobiliaria del dinero (cuotas); 2.º) posesión del mismo adquirida legítimamente en virtud de título que produce "ex lege" la obligación de entregarlo a determinada persona jurídica; (retención de parte del salario por mandato legal, para abono de la participación obrera en las cuotas de la Seguridad Social, dinero que queda en su poder no como propietario, sino en calidad de mero depositario legalmente obligado a entregar lo retenido y depositado en el Instituto Nacional de Previsión, hoy en el Instituto Nacional de la Seguridad Social). 3.º) aprovechamiento de las facilidades comisivas que dicha tenencia depara para transmutar o transformar la legítima posesión en antijurídico dominio, o al menos asunción de un "ius disponendi" que sólo al propietario incumbe (el empresario es deudor civil de su propia cuota, pero mero instrumento de pago de la de sus trabajadores, que la retiene temporalmente en depósito y si le da un destino diferente está ejercitando un "Ius disponendi" que correspondería al Instituto destinatario); 5.º) Perjuicio para el propietario o para un tercero (en este caso claro) 6.º) ánimo de lucro propio o ajeno (personal o de la sociedad, lo que es indiferente para la tipificación delictiva) entendido en el sentido antes expresado.

De acuerdo con éllo es obvio que cuando el empresario toma para sí, se

adueña o incorpora a su patrimonio, o al de al empresa, las cantidades detraídas o descontadas de los salarios como participación del trabajador en las cuotas de la Seguridad Social, o les da un destino distinto del debido, se convierte en sujeto activo de un delito de apropiación indebida del art. 535 del Código Penal.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en doctrina iniciada en la sentencia de 30 de octubre de 1971, y confirmada en las siguientes resoluciones (s.e.o.):

9 de diciembre de 1976
17 de febrero y 7 de mayo de 1977
15 y 21 de diciembre de 1978
22 de enero y 28 de noviembre de 1979
1 de marzo y 23 de junio de 1980
25 de marzo de 1981
28 de septiembre de 1983
21 de septiembre y 15 de diciembre de 1983
3 de enero y 7 de julio de 1984

esta última absolutoria, aunque reproduce la misma doctrina.

Sin embargo, como se ha dicho, la posición inicial del Tribunal Supremo, era favorable a la atipicidad de estas conductas. Dicha tesis absolutoria se fundaba en que es esencia de la apropiación indebida que el agente "reciba" dinero u otra cosa mueble por un título que le obligue a entregarlo o devolverlo, y el empresario no recibe nada pues los salarios ya están en su poder. Esta es la postura de la sentencia de 26 de marzo de 1955, cuando dice

"las cantidades retenidas no formaron en ningún momento parte de otro patrimonio de donde salieron para serle entregadas al empresario, por título alguno que determinase ab initio su obligación de devolverlas a aquellos a quienes se refería la retención, sino que constituían la porción correspondiente a sus obreros de los salarios de éstos... y su falta de ingreso no supone un incremento patrimonial de su haber de patrono, sino una infracción de sus deberes de contribuyente".

Tal posición se descarta hoy diciendo que cuando el empresario retiene, deduce o descuenta del salario de sus empleados las cantidades correspondientes a las cuotas de los seguros sociales que luego ha de ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social se opera, respecto a dichas sumas, un fenómeno de inversión del título de poseer, en cuya virtud la posesión emanada del dominio que el propietario tenía primitivamente sobre las referidas cantidades se trueca en posesión derivada del mandato o del depósito (2), títulos que, atribuyendo al mandatario o depositario la simple tenencia pero no la propiedad sobre el dinero cuestionado, conllevan y determinan que se haya de entregar necesariamente y sin demora a la Entidad mencionada. Este fenómeno de cambio en el título de posesión, es similar al del instituto clásico "constitutum posesorium", referida a transmisión de inmuebles, caso en el que la primera transmisión va inmediatamente seguida de otra transmisión en sentido traslativo inverso, entre las dos mismas personas, siendo una solución idéntica —dice la sentencia de 15 de diciembre de 1983— económica y jurídicamente, que el título de posesión, caso

---

(2) En las primeras sentencias se hablaba de depósito (30-octubre-1971). Hoy se hace más referencia al mandato (s. 28-4-83) "mandato o encargo de cobro" (s. 3-1-84), y generalmente ambos de forma indistinta, "mandato o depósito" (sentencias 23-6-1980 y 21-XI-1983, por ejemplo), diciendo expresamente la reciente sentencia de 7 de julio de 1984 (Ponente Sr. De la Vega Ruiz) "que oscila entre el mandato y el depósito".

en el que hay doble tradición o entrega, pero condensada.

Con esta tesis se inició la doctrina en la sentencia de 30 de octubre de 1971 al decir:

"Desde el momento en que el acusado pagaba los salarios de sus trabajadores, se producía un desplazamiento patrimonial de su importe que se reintegraba en el empresarial para insertarse en el de los respectivos obreros de tal forma que la retención que realizaba de parte de tal salario por mandato legal, para abono de la participación obrera en las cuotas de la Seguridad Social quedaba ya en su poder no como propietario, sino en calidad de mero depositario que venía también por Ministerio de la Ley, obligado a entregar lo retenido y depositado en el Instituto Nacional de Previsión".

Como señala el Profesor Bajo Fernández, la tesis consiste, en definitiva, en que "la cuota descontada del salario del trabajador es parte del salario de éste, y por tanto, es dinero que el empresario ha recibido con obligación de entrega (3). La doctrina se refuerza por la circunstancia de que la retención es obligada para la empresa y ante lo categórico de la normativa reguladora del régimen de cotización de la Seguridad Social, que era menos dura cuando se dictó la sentencia de 26 de mayo de 1955, al no estar todavía en vigor la Ley de 21 de abril de 1966 y la Orden del Ministerio de Trabajo de 25 de Noviembre del mismo año.

Este criterio jurisprudencial puede ser aplicado también a los supuestos de descuento y retención del impuesto sobre la renta de las personas físicas, de los salarios de los trabajadores, con apropiación de los mismos por parte del empresario, donde también concurren los mismos presupuestos, como señala LOPEZ VILLEGAS (4).

La sanción de la apropiación de la cuota obrera como apropiación indebida, ha sido objeto de crítica doctrinal. Así por ejemplo Rodríguez Devesa (5), considera muy discutible esta jurisprudencia pues entiende que no se han "recibido" las cantidades en cuestión, aunque la falta de ingreso redunde en perjuicio de terceros.

Por el contrario, en otros casos, se califica esta doctrina del Tribunal Supremo como "ejemplar". Así, por ejemplo BAJO FERNANDEZ (6): "Hay que reconocer que en otros campos la jurisprudencia penal ha sabido colmar las lagunas legales en defensa de los intereses de los trabajadores. Tal es el caso del castigo como delito de apropiación indebida de los casos de apropiación por parte del empresario de la cuota obrera de la Seguridad Social".

No cabe, desde luego, aceptar la postura de RODRIGUEZ DEVESA pues, como se ha dicho, aún cuando la cantidad retenida no haya dejado de poseerla el empresario, sí ha habido un cambio de título posesorio, pudiendo decir que al abonar su salario al trabajador debe entregarle la cuota, que al ser descontada viene a ser recibida nuevamente por éste. Aún cuando no medie la "amotio" o traslado material del dinero, lo cierto es que ha habido un desplazamiento patrimonial, y la traditio o entrega puede no ser material —como sucede en la constitutum posesorium— pero lo cierto es que lo que se poseía a título de dueño pasa a ser poseído como cosa ajena.

---

(3) BAJO FERNANDEZ M., Obra citada, pág. 546.

(4) LOPEZ VILLEGAS, P. "Las retenciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas y el delito de apropiación indebida". Revista "Crónica Tributaria", C.T. núm. 35, 1981.

(5) RODRIGUEZ DEVESA "Derecho penal Español. Porte especial". 9.ª edición, octubre 1983 pág. 386.

(6) BAJO FERNANDEZ M., "El Marco constitucional del Derecho Penal Económico", en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo I, "Derecho Penal y Constitución". Edersa 1982, pág. 257.

Sí debe, en cambio, reconocerse el carácter avanzado y progresista de esta doctrina jurisprudencial que, ante la inexistencia de tipo específico, que sancione un hecho digno de represión, gravemente perjudicial para los intereses de los trabajadores, de la Seguridad Social, y, en definitiva, de todos los ciudadanos, ha sabido encajar jurídicamente el hecho, con toda finura y escrupuloso respecto al principio de legalidad en el tipo delictivo clásico que mejor se adapta a la misma, analizando a fondo la conducta y comprobando que en élla se dan con claridad los elementos típicos de dicha figura delictiva.

No cabe aceptar tampoco la crítica de RODRIGUEZ DEVESA (7) de que esta jurisprudencia infringe el principio de intervención mínima y supone un uso de la analogía prohibida; por el contrario el hecho en sí es claramente merecedor de sanción penal, y el patrimonio de la Seguridad Social un bien jurídico merecedor de protección, sin que su incriminación se haga accediendo a la analogía, sino a un análisis profundo de la conducta, esclareciendo su realidad material y jurídica, buscando —en una interpretación progresista, adaptada a la realidad social, pero en absoluto forzada ni extensiva ni analógica—, los elementos integradores del tipo de la apropiación indebida, que aparecen claros una vez desbrozada la conducta objeto de sanción.

Esta es la situación actual: clara doctrina jurisprudencial que sanciona el hecho como apropiación indebida ¿cuál es la situación "De Lege Ferenda"?.

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 (8) sancionaba el hecho como delito específico en su artículo 359, en el capítulo VI, "De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales", y dentro del Título dedicado a los delitos contra el orden socioeconómico.

Art. 359: "El empresario que habiendo efectuado el descuento de la parte de las cuotas de Seguridad Social que corresponden a la aportación de los trabajadores, no las ingresara dentro del plazo establecido será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, teniendo en cuenta para su fijación el importe de las mencionadas cuotas".

El precepto es claro y preciso: sanciona la falta de pago de la cuota retenida, que deberá abonarse en un plazo prefijado. Parte de la consideración real de que, así como el empresario es deudor civil de su propia cuota, y el impago no puede sancionarse más que cuando haya fraude (penado en el art. 360) (9), en cambio es mero instrumento de pago de las cuotas de los trabajadores, por lo que al retenerlas y no ingresar, está disponiendo de algo que no es suyo y cometiendo un hecho merecedor de sanción penal.

La llamada "Propuesta de nuevo Código Penal" (10), de 1983, elaborada por una comisión designada por el Gabinete Socialista, sobre la base del anterior Proyecto de 1980, y actualmente sujeto a información pública, ha prescindido en cambio de dicho precepto. Si examinamos el capítulo correspondiente denominado "De los delitos laborales", puede comprobarse que reproduce con bastante

---

(7) RODRIGUEZ DEVESA. Obra citada pág. 386.

(8) Elaborado inicialmente por una Ponencia especial dentro de la Comisión General de Codificación integrada por los Catedráticos de Derecho Penal Enrique Gimbernat y Gonzalo Rodríguez Mourullo, el Magistrado del Tribunal Supremo Fernando Díaz Palos y el Fiscal de dicho Tribunal Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. En adelante "Proyecto".

(9) Art. 360: "El que defraudare a la Seguridad Social eludiendo el pago total o parcial de las cotizaciones debidas a aquella en cuantía igual o superior a dos millones de pesetas, en los doce meses inmediatamente anteriores, será castigado con las penas señaladas en el art. precedente.

(10) En adelante "Propuesta".

fidelidad el capítulo del "Proyecto" denominado "De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales", con la modificación sitemática de dividirlo en dos secciones: una para los delitos contra los intereses de los trabajadores y otra los "delitos relativos a la Seguridad Social y a la contratación de trabajadores". En esta última (arts. 291 y 293) se recogen los art. 359 a 362 del "Proyecto", correspondiendo al art. 291 al 360, el 292 al 361 y el 293 al 362, habiendo desaparecido en cambio el 359 que tipificaba la conducta que es aquí objeto de estudio. No solamente esto, sino que en el art. 291 (11) que recoge las defraudaciones de la Seguridad Social por eludir el pago de cuotas, se ha limitado la tipificación a las cotizaciones "empresariales", por lo que ha desaparecido también la posibilidad de sancionar la conducta aquí estudiada en este precepto, y en consecuencia el delito de más frecuente comisión contra la Seguridad Social ha desaparecido de la Sección del Código Penal dedicada precisamente a sancionar los delitos contra la Seguridad Social, haciéndose invisible al eliminarse como tipo específico, y volviendo a agazaparse en el cajón de sastre de la apropiación indebida.

Este hecho no es desde luego caprichoso, ni puede achacarse a un olvido de los redactores de la "Propuesta". Responde obviamente a la convicción de que tal conducta ya está —de acuerdo con la jurisprudencia— sancionada en el delito de apropiación indebida, y dado lo reiterado de la doctrina jurisprudencial no se hace necesaria una tipificación específica. Lo cierto es que los redactores iniciales de la Ponencia básica del Proyecto de 1980 tampoco incluían dicho tipo, que estimaban innecesario dada la doctrina jurisprudencial, y fué en la fase de estudio del Anteproyecto Legislativo por los diversos Departamentos Ministeriales, cuando se incluyó a propuesta del Ministerio de Trabajo, aprobándose definitivamente por el Consejo de Ministros que dió el visto bueno al Proyecto de Ley. Su inclusión suscitó alguna crítica doctrinal: Por ejemplo RUIZ VADILLO (12), quien afirma que a su juicio "el art. 359 y el 360 deberían haberse remitido a la apropiación indebida y a la estafa, con imposición de un plus punitivo por la especial significación social de esos quebrantamientos. Observemos (ver art. 261 en relación con el 256), que en el sistema del "Proyecto", pudiera hasta producirse una figura privilegiada. Por otra parte la redacción del art. 359 ("no ingresar las cuotas dentro del plazo establecido"), pudiera hacer pensar en una situación simplemente de mora, que no debe corregirse penalmente. El art. 360 aún es más inexplicable. Lo mejor, pues, parece que es suprimirlos en su versión actual y hacer una remisión al delito de apropiación indebida, estableciendo que se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior o añadiendo a aquellas una determinada multa".

Sin embargo no podemos coincidir plenamente con la idea de que es innecesario tipificar específicamente esta conducta. Nos parece que el hecho de que el Código Penal establezca claramente que la retención de las cuotas de los trabajadores, descontadas de sus salarios, sin ingresarlas en al Seguridad Social constituya una conducta delictiva, especialmente sancionada por la Ley, significa un avance en claridad, precisión y seguridad jurídica, en relación con la situación actual en la que sólo los especialistas pueden encontrar la tipificación penal de

(11) "El que mediante cualquier ardid defraudare a la Seguridad Social eludiendo el pago total o parcial de las cotizaciones empresariales debidas a aquella en cuantía igual o superior a dos millones de pesetas en los doce meses inmediatamente anteriores, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Estas penas se aplicarán en su mitad inferior si el obligado al pago abonase la cantidad debida antes de la sentencia". Compárese art. 360, nota (9): ha aparecido la palabra "empresariales", referida a las cotizaciones.

(12) RUIZ VADILLOS, E. "Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal— Cuadernos de Documentación

tal conducta, escondida en la apropiación indebida. El efecto preventivo de una tipificación específica no debe desestimarse, y obsérvese que el propio RUIZ VADILLO es partidario de una mención expresa de la conducta, aunque con remisión al delito de apropiación indebida, *y con penalidad especial,* más grave, lo que al fin y al cabo lo convierte en un sub-tipo dotado de cierta personalidad.

La tipificación especial permitiría, además, enfrentarse con realismo a los problemas que plantea esta figura delictiva. Sin perjuicio de que pudiera mejorarse la redacción del art. 359 del "Proyecto", y replantearse su penalidad para evitar el riesgo de privilegio señalado por Ruiz Vadillo (13), lo cierto es que la actual inclusión en la apropiación indebida plantea problemas que requerirían un enfoque específico, partiendo de la realidad criminológica de estas conductas.

Uno de los problemas, por ejemplo, es el de la atipicidad de la apropiación de uso. La sentencia de 15 de diciembre de 1983 señala que son atípicos "los denominados usos ilíticos no dominicales o apropiaciones de mero uso, que se producen en los supuestos de simple demora en la devolución o en la entrega", pero sin embargo, estima sancionables los supuestos de "distracción" en los que "el que distrae piensa reponer la cosa, cantidad o efectos distraídos". Considera esta resolución que no tiene trascendencia penal la diferencia entre apropiación (en sentido estricto) y distracción con ánimo de reponer, y que como en ambos casos hay aprovechamiento existe delito. Como se ve, tratándose de dinero en el que la posesión recae sobre un valor y no sobre una cosa concreta, la distinción entre la disposición con ánimo de reponer ("Distracción" constitutiva de delito) y la utilización o aprovechamiento temporal con apropiaciones de mero uso (atípicas) es bien difícil. Se hace preciso dice LOPEZ VILLEGAS (14) "indagar el propósito del empresario acudiendo a los actos exteriorizadores de su intención, tales como son los dispositivos y todos los que, de modo concluyente e inequívoco acrediten que no hubo mera retención o dilación en el cumplimiento del plazo de ingreso, sino incorporación del mismo a su patrimonio. Y esa intención la encontramos en la práctica en la prolongación indebida de la posesión durante un lapsus de tiempo determinado". En definitiva el señalamiento de un plazo —con un margen más amplio que el de la obligación administrativa de entrega—, no es mala solución para dotar de claridad una normativa que, como la penal, debe tener el máximo de precisión al sancionar conductas. Sin que ello significase sancionar penalmente la mora pues ha de recordarse que no es el empresrio deudor civil de las cuotas de los trabajadores, sino mero recaudador e instrumento de pago, y sin olvidar que al precepto le sería lógicamente aplicable toda la teoría general de la culpabilidad, de acuerdo con el principio básico del art. 1-2 del Código Penal ("No hay pena sin dolo o culpa"), que permitiría evitar cualquier condena por razones puramente objetivas.

Un segundo tipo de problemas que se producen al analizar judicialmente estas conductas es la afirmación, continuamente reiterada, de que la retención por el empresario de las cuotas obreras, sin ingresarlas en la Tesorería de la Seguridad Social, es consecuencia de la carencia de medios de pago. Esta alegación fue rechazada inicialmente por la Jurisprudencia (sentencias de 9 de

---

núm. 13. "Instituto Nacional de Prospectiva pág. 65.

(13) En las penas de este capítulo se producen graves discordancias, denunciadas ya por el profesor MUÑOZ CONDE, quien habla de "contradicciones alucinantes", e "injusticias flagrantes, en la regulación del Proyecto.

(14) Obra citada, pág. 109.

diciembre de 1976 y 17 de febrero de 1977), señalándose que no puede "aducirse que no se ingresó por carencia de medios ya que lo que había que ingresar era cabalmente lo descontado en tal concepto". Sin embargo más modernamente la sentencia de 23 de junio de 1980 admite la tesis de que "nadie, puede apropiarse de lo que no tiene existencia real", y ante un relato fáctico en el que se destaca "la situación angustiosa y caótica de la empresa, el esfuerzo denodado con el que se logró pagar parte de lo adeudado a los trabajadores de la misma, la ausencia de deducciones o descuentos, imposibles ante la penuria total y la falta de acreditamiento del adueñamiento pretendido", se concluye que no se ha producido disposición de las sumas correspondientes a las cuotas, y se decreta la absolución. Quizás cabría señalar que, por coherencia con la tesis de que el valor correspondiente a las cuotas es parte del salario del trabajador, y habiéndole sido descontado, habría que concluir que cualquier gasto posterior de la empresa implicaba un acto de "disposición" en dicho valor; quizás la solución para este caso concreto iría más con apoyo en la "no exigibilidad de otra conducta". Lo cierto es que la alegada "carencia de medios" que ya había sido señalada en su obra de 1977 por BAJO FERNANDEZ como un supuesto en que no puede apreciarse el delito de apropiación indebida, se ha admitido ya por la jurisprudencia, aunque de una forma restringida. En efecto, la reciente sentencia de 3 de enero de 1984 (Ponente Sr. MOYNA FERNANDEZ) limita considerablemente la eficacia de tal alegación defensiva al decir:

> "La intención de paliar la crisis de la empresa no se opone a la antijuricidad de la acción por cuanto no está definida una situación de necesidad con los requisitos legalmente previstos, y la inexcusabilidad de otra conducta tampoco puede sostenerse".

En definitiva, dado que estas apropiaciones se producen, en la mayoría de los casos cuando la situación económica de la empresa es deficiente y se dispone de escasos medios de pago, casos en los que es sostenible la postura de que el dinero disponible alcanzaba únicamente a pagar el líquido del salario de los trabajadores, y no las retenciones, la tipificación como apropiación indebida es discutible en muchos casos. Lo cierto es que el Tribunal Supremo acude también como criterio al transcurso del tiempo, y así en la sentencia citada de 3 de enero de 1984, se apoya en que

> "cuando el empresario o patrono como ha sucedido en el supuesto de autos dispone de dichas sumas en su propio beneficio durante un periodo que alcanza varios años con la finalidad de contar con medios económicos que facilitasen la gestión de la empresa, comete el delito del art. 535".

Vemos, en consecuencia, que no es tan pacífica como parece la tipificación jurisprudencial como apropiación indebida, que no está exenta de serios problemas, y que no es por tanto innecesaria, sino por el contrario muy conveniente, la tipificación específica.

Hay una cuestión esencial que no puede dejarse de destacar, desde una pespectiva judicial, respecto a este delito. Es la discordancia entre la realidad criminológica y la persecución penal. Ello ha llevado incluso al planteamiento de un recurso de amparo constitucional por violación del principio de igualdad ante la Ley (art. 14 de la Constitución Española), fundado en que el recurrente había sido sancionado por unos hechos "realizados por miles de empresarios españoles, que no han sido perseguidos ni condenados". (sentencia del Tribunal Constitu-

cional de 30 de marzo de 1981, cuyo examen es de un gran interés) (15).

La desestimación del recurso fundada —entre otros motivos que no afectan a lo que aquí queremos expresar en que no es cierto que el recurrente sea el único condenado por estos hechos, dado que existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que mantiene una doctrina idéntica, no debe hacernos olvidar que esa abundante jurisprudencia se limita a algo menos de una veintena de casos desde 1971 hasta la fecha (1 en 1982, 3 en 1983 —uno de ellos el de 28-4-1983, no específico—, 2 en 1984 —uno de ellos con fallo absolutorio, el de 7 de julio de 1984—,) y que en este tipo de asuntos una gran parte de los casos, sobre todo cuando se produce condena accede al Tribunal Supremo, por lo que el número de casos perseguidos es realmente escaso, como conoce bien quien esté al corriente de la práctica judicial. La razón de que esto suceda puede encontrarse, como señala BAJO FERNANDEZ en que "el funcionario público encargado de la persecución y castigo de las infracciones laborales, prefiere conservar su poder sancionador que transferirlo, como sería más adecuado, al poder judicial (16).

Por lo demás como señala el Tribunal Constitucional, en la sentencia antes citada

> "la persecución y ulterior condena de un delito puede tener su explicación en hechos tan incontrolables para los poderes públicos como la conducta de los perjudicados por el hecho delictivo, y en este sentido conviene recordar que el realizado por D. X y Z (condenado en ese caso), fue perseguido a raíz de una denuncia presentada por los Enlaces Sindicales de su expresa y no por iniciativas del Instituto Nacional de Previsión o algún Poder Público".

El día en que esta situación cambie, y no sean los representantes sindicales, sino el propio funcionario administrativo del orden laboral, quien denuncie estos hechos delictivos, el Delito de Apropiación de la Cuota Obrera dejará de ser, como es ahora, UN DELITO INVISIBLE.

---

(15) Sala Segunda, T.C. Recurso de amparo núm. 220/1980. Sentencia 30 de marzo de 1981 (B O.E. 14 de abril), Ponente D. Francisco Tomás y Valiente. Resuelve también el problema de la nula incidencia a efectos penales del Decreto 2299/79, de 5 de octubre de 1979 sobre "sistema excepciones de pago aplazado de cuotas", aclarando que sólo afecta a la deuda civil de los empresarios respecto a la cuota empresarial, pero no incide en la responsabilidad penal por retención de cuotas de los trabajadores.

(16) BAJO FERNANDEZ. "Marco Constitucional del Derecho Penal Económico". Pág. 257.

LA DEUDA EMPRESARIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA CRISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Héctor MARAVALL GOMEZ
C.S.CC.OO.

Introducción

Con motivo de la reciente presentación de las propuestas del gobierno para la Reforma del sistema público español de la Seguridad Social, que se contienen en el llamado Libro Naranja de la Reforma de la Seguridad Social, uno de los argumentos más utilizados para justificar esta Reforma, que tiene todas las características de una contra-reforma dado el carácter restrictivo y regresivo de la inmensa mayoría de las propuestas, ha sido la supuesta existencia de un enorme fraude de los trabajadores españoles a la Seguridad Social.

Las campañas publicitarias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las intervenciones de altos cargos de la Administración, y desde luego de la patronal, hacen especial hincapié en supuestas "compras de pensiones", "invalideces desorbitadas", "inválidos que trabajan" y un largo, etc. Achacando por tanto de una manera directa a este fraude de los trabajadores, una gran parte de la responsabilidad en las dificultades económicas del sistema público de S. Social.

Hay algo en esta campaña que recuerda los meses previos a la aprobación de la Ley Básica de Empleo en la primavera de 1981. Para justificar la drástica reducción de las prestaciones de desempleo, durante un cierto tiempo se estuvo realizando una insistente campaña sobre al fraude de los trabajadores al seguro de desempleo; olvidando, dicho sea de paso, que tras cualquier fraude obrero al seguro de desempleo, hay un empresario que se aprovecha y utiliza tal circunstancia para evitar los compromisos inherentes a la contratación laboral. Los resultados fueron óptimos: se aprobó la citada Ley Básica de Empleo sin excesivas protestas, salvo por parte de CC.OO. y del grupo parlamentario comunista. Sin embargo la cobertura de desempleo que en aquellos momentos alcanzaba el 69% del paro registrado, hoy, gracias a esa Ley, no alcanza el 30%.

A mi manera de ver estamos ante una auténtica cortina de humo, que pretende ocultar, por un lado, los injustificables propósitos de reducción de la Seguridad Social pública, en consonancia con una política económica y social profundamente reaccionaria seguida por el actual gobierno, y por otro distraer la atención de una de las causas reales fundamentales en las dificultades económicas de la Seguridad Social: la deuda empresarial en las cotizaciones.

1.—El incumplimiento generalizado de las obligaciones en materia de Seguridad Social

Nuestro país ha conocido históricamente una extensa gama de incumplimientos patronales de las obligaciones legales en el ámbito de la Seguridad Social. Situaciones de irregularidad en las altas, cuando no se prescindía de esta obligación sin mayores complicaciones, bajas injustificadas, periodos sin cotizar, altas y bajas sucesivas, sin justificación legal ni conocimiento del trabajador, cotizaciones por debajo del salario real o por distinta categoría, etc. Sólo ya en los primeros años 70, la irrupción de enlaces y jurados de empresa con conciencia de clase y asesorados por los abogados laboralistas, en plena expansión, consiguieron a través de una sistemática presión en las Delegaciones Provinciales de Trabajo, que nuevas promociones de Inspectores de Trabajo adoptaran actitudes firmes ante esa conducta generalizada de incumplimiento legal.

Diversas medidas administrativas desafortunadas, como la separación entre las tareas de inspección de trabajo y las relacionadas con la seguridad social, quebraron, en cierta medida, aquel proceso de control de las infracciones legales patronales en materia de Seguridad Social.

Posteriormente se ha ido creando un cierto estado de opinión, al que no es ajeno la ofensiva ideológica de la CEOE, de tolerancia y justificación de los incumplimientos legales por la patronal.

Se esgrimen, sin ningún fundamento como veremos inmediatamente, diversos argumentos, en el sentido de que la presión de las cuotas de la seguridad social es discriminatoria para los empresarios españoles, en relación con las existentes para los empresarios europeos, incide en la competitividad de la empresa española y tiene repercusiones negativas en el empleo. En otras palabras las cuotas de la seguridad social "penalizan el empleo y dañan la competencia de la producción española", luego es comprensible que los empresarios eludan las obligaciones legales, en defensa de su empresa y de los puestos de trabajo.

Al socaire de la crisis económica, cada día es más frecuente la actitud de empresarios que colocan a los trabajadores ante la disyuntiva de, o cumplir con las obligaciones de cotización, o pagar los salarios a fin de mes. Ante ese chantaje, es hasta cierto punto lógico que los propios trabajadores admitan forzadamente el incumplimiento patronal a la seguridad social, con tal de cobrar los salarios, en un contexto económico de pérdida incesante de la participación de los salarios en la Renta Nacional, que se ha situado en 1984 en el nivel de 1973.

Sin embargo la realidad europea es muy diferente a como nos la presenta la CEOE y los portavoces de la derecha. La presión de las cuotas de la seguridad social, en una apreciación superficial y formal podría crear el espejismo de que efectivamente los empresarios españoles cotizan más que los europeos. Pero se olvida el dato significativo de que los sistemas impositivos varían de un país a otro, y que lo que hay que comparar es en definitiva el conjunto de la presión impositiva sobre el empresario.

A partir de esta globalización de las cargas impositivas podemos barajar dos baremos: cargas sociales por hora de trabajo o porcentaje de las cargas sociales en los gastos salariales.

En el primer supuesto el coste en España se cifra en 3,77 marcos (moneda utilizada por las instituciones de la CEE para estas comparaciones), frente a 9,12 en Bélgica, 9,11 en Holanda, 8,68 en Alemania, 7,92 en Italia, 6,64 en Francia, etc.

En lo que se refiere al segundo criterio, los porcentajes son del 37% en España, frente al 42% en Bélgica, 43% en Holanda, 41% en Alemania, 44% en Francia, 52% en Italia, etc. Con una salvedad importante, los datos citados son del año 1979, y desde ese año a la actualidad las cuotas patronales a la Seguridad Social han descendido en 5,4 puntos, lo que no es la tónica seguida en los demás países, por lo que las comparaciones, si se hicieran hoy, serían aún más favorables para el empresario español.

Si nunca, pues, la infracción de la legalidad por parte de los empresarios tiene justificación alguna, menos a partir de esos datos que destruyen el mito de las cargas impositivas de los empresarios españoles. Todo ello haciendo abstracción del hecho cierto de que, en definitiva, la cuota empresarial "no sale del bolsillo del empresario", sino que se trata de un coste laboral, que se carga en el producto o servicio y que por tanto quienes pagamos *realmente* somos los consumidores.

A pesar de todos estos elementos que dejan sin justificación alguna, no ya legal, sino moral y social, esa actitud de incumplimiento legal, cada día se va extendiendo más la lacra de la economía sumergida o trabajo negro. Situación que afecta a bastantes cientos de miles de trabajadores españoles, que ante la disyuntiva de estar en el paro o trabajar sin ningún derecho social, aceptan esto último. Maniatados absolutamente al poder empresarial, sin contratos, sin cotizaciones, sin seguridad e higiene, con salarios mínimos, con absoluta eventualidad, sin cualificación profesional, etc. Esta vuelta al capitalismo del Siglo XIX, que recientemente ha defendido el Sr. Reagan ante la flor y nata del empresariado y la alta administración pública española, no sólo no ha tenido la respuesta adecuada por parte de los responsables de la política social de nuestro país, sino que además al propio vice-presidente del gobierno le parece una manera indirecta de cumplimiento del compromiso electoral de los 800.000 nuevos puestos de trabajo.

II.—Las características de la deuda empresarial a la Seguridad Social

En la actualidad todo hace pensar que la deuda empresarial acumulada se aproxima a los dos billones de pesetas. Es decir casi el 7% del producto Interior bruto del presente año. Es evidente que una deuda de este tenor tiene un enorme coste político, social y moral en primer lugar para sus protagonistas y en segundo término para la Administración que lo tolera, en mayor o menor medida. De ahí que se pretenda desfigurar esta realidad con argumentos del siguiente tenor: se trata de una deuda *histórica,* viene de muy atrás y por tanto no es real, y además una parte considerable de la misma corresponden a empresas ya desaparecidas.

Los datos demuestran lo contrario. Lo fundamental de la actual deuda es producto de los últimos cuatro años. Así a 31 de diciembre de 1980 la deuda era de 417.262 millones de pesetas, a 31 de diciembre de 1982 se había duplicado estando ya en 856.085 millones, y a 31 de septiembre de 1984, últimos datos disponibles, casi se había vuelto a duplicar, alcanzando el billón 537.892 millones.

Siendo lo anterior elocuente, resulta significativo que durante estos últimos años se han sucedido generosos decretos de aplazamientos de los pagos en las cuotas de la Seguridad Social: R.D. 2299/79, O. Ministerial 20-1-81, R.D. 666/83, aparte de otros aplazamientos derivados de catástrofes naturales y de reestructuraciones sectoriales. Pues bien la tendencia patronal ha sido de forma creciente eludir este mecanismo generoso de regulación de deuda pendiente y de aplaza-

miento pactado de pagos, para ir lisa y llanamente a la infracción de la legalidad. Del total de la deuda pendiente a 31-12-80, 92.630 millones (el 23% apróx.) eran pagos aplazados y 324.611 millones (el 77% apróx.) eran requerimientos, actas de liquidación y certificaciones al descubierto. A 31-12-83, últimos datos facilitados por el Ministerio de Trabajo, del total de la deuda pendiente, 139.875 millones (el 11% apróx.) eran pagos aplazados y un billón 58.543 millones correspondían a requerimientos, actas de liquidación y certificaciones al descubierto (el 89% apróx.). Lo que confirma notablemente esa desviación creciente a conductas de infracción flagrante de la legalidad.

III.—El impago de cuotas empresariales, una decisión de política patronal

Si no es real esa excesiva presión impositiva hacia los empresarios españoles, en relación con sus colegas europeos, si se han sucedido, como se ha indicado más arriba, generosas medidas de puesta al día y pagos aplazados, cada vez menos utilizados, si además según los análisis de los expertos y las propias conclusiones del Ministerio de Economía y del Banco de España el ajuste duro de la economía española ha terminado en lo fundamental y se ha recuperado notablemente el beneficio empresarial en el conjunto de la Renta Nacional, no *hay explicación alguna de carácter objetivo para que no se desacelere y retroceda el impago patronal a la seguridad social. Sin embargo la tendencia es justo la contraria, un crecimiento geométrico desde hace dos años en la deuda patronal.*

La conclusión a lo que podemos llegar, en una primera aproximación, es evidente, *el impago obedece a razones extra-económicas,* aunque evidentemente desde un punto de vista económico resulta más rentable no pagar.

Es un hecho conocido que uno de los objetivos básicos de la gran patronal de nuestro país es la reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social. Pasos significativos se han dado ya al respecto. Del 29,15 de cuota en 1978 se ha pasado al 24% en 1985. Se han prodigado por otra parte, sucesivos decretos de contratación eventual, en sus diversas formas, con bonificaciones generosas en las cuotas a la Seguridad Social. Dicho sea de paso, ni las facilidades en la contratación, hoy la más flexible de Europa, según reconoce incluso la propia CEOE, ni las desgravaciones y otros incentivos fiscales, ni las bonificaciones en las cuotas, ha servido para crear empleo *neto;* la patronal ha aprovechado ese marco legal para sustituir mano de obra fija por eventual, todo un gran negocio.

Recientemente se ha aprobado la bonificación nada menos que del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social para los contratos fijos, bonificación que tiene carácter indefinida. Sin embargo la dirección de la CEOE se ha quejado amargamente con el significativo argumento de que esta medida legal es discriminatoria, ya que sitúa en inferioridad de condiciones a los empresarios que ya tienen fijos en sus plantillas, por lo que procede a hacerlo extensivo a todos los contratos fijos, sean de nueva creación o ya en vigor.

En definitiva la pretensión patronal es transparente: una reducción del 50% en las cuotas de la Seguridad Social. Mientras esto no se consiga, uno de los elementos de presión sobre el gobierno será el incremento de la situación de deuda en las cotizaciones.

Ante esta actitud nítidamente política, en el sentido más genérico del término, el gobierno aumenta los niveles de permisividad ante la deuda. Recientemente un R. Decreto ha suprimido ciertas trabas en el procedimiento administrativo que regulaba la cotización y sus reclamaciones ante la autoridad laboral: así

se suprimen los recargos y los depósitos previos, de tal manera que ningún empresario dudará a la hora de recurrir hasta la última instancia ante una acta de requerimiento, de infracción o liquidación. En el mejor de los casos el procedimiento se puede resolver al cabo de dos años, con el ahorro de interés que ello le supone en términos estrictamente económicos. En otras palabras, para el empresario español hoy resulta más interesante no pagar la Seguridad Social en su momento y forma, que hacerlo, ya que si no paga, en el peor de los casos, es decir si la Inspección le descubre y acierta a levantar un acta con todo lo que debe, una vez agotados los largos trámites de recurso, debe pagar sin costas ni depósito previo, ni recargo al cabo de largos meses; y siempre cabe la posibilidad de no tener "la mala suerte" de que aparezca la Inspección. Es un riesgo que en términos económicos y legales "merece la pena correr".

Por otra parte, al no tomarse medidas efectivas ante esa situación de infracción de la legalidad, esta se va extendiendo, porque mucha conciencia social tiene que tener un empresario o tener en la empresa un comité y unos delegados de personal conscientes y combativos, para no contagiarse de ese síndrome de no pago a la Seguridad Social..

Llegados a este punto, convendría hacer una matización en relación con el pequeño empresario. En unos casos más indefenso de cara a la defraudación por carecer de ese asesoramiento legal o por tener menos recursos y fuerza ante la Inspección, y en otros casos defraudando por auténticas razones de imposibilidad económica; lo cual no es justificable desde ningún prisma, pero conviene recordar que también en el seno de la patronal hay clases a la hora del fraude en las cotizaciones. De ahí la conveniencia de la reforma en los criterios de cotización empresarial, que contemplará un trato diferenciado para el empresario pequeño, y para el intensivo en mano de obra, en relación con el gran empresario y las empresas intensivas en capital.

En apoyo de este análisis sobre el carácter de la deuda empresarial a la Seguridad Social, hay una experiencia de gran interés. Efectivamente, en los primeros meses de 1983, tuvo lugar en la provincia de Barcelona la detención de aproximadamente 50 empresarios, por apropiación indebida de cuotas obreras, la mayoría de los cuales fueron procesados y permanecieron en prisión unas breves semanas. El relieve que ello tuvo en los medios de comunicación social, las declaraciones alarmistas de representantes de la patronal y el hecho de que se estuviera en un clima de expectativa ante el nuevo gobierno del PSOE, tuvieron un efecto relevante en la recaudación de cuotas a la Seguridad Social, que aumentó en más de un 30% en Cataluña durante ese primer trimestre de 1983, para decaer nuevamente, una vez puestos en libertad y sin mayor trascendencia legal los empresarios detenidos.

Esta elocuente experiencia demuestra dos cosas. Que sólo la posibilidad de una severa responsabilidad legal puede detener ese proceso de impago generalizado y relacionado con ello, que este impago, como venimos diciendo, no obedece a una imposibiliad económica real de la mayoría de los empresarios para pagar, sino a una decisión de no pagar las cuotas de la Seguridad Social como elemento de presión política sobre el gobierno, y como fruto además de esa laxitud legal en la represión del fraude patronal a la Seguridad Social.

IV.—La Constitución española de 1978 y la Seguridad Social.

A la hora de justificar una protección legal rigurosa y firme a los derechos sociales y por tanto de represión legal del fraude a la Seguridad Social, hay que

partir del especial relieve que la Constitución reconoce al sistema público de la Seguridad Social.

El art. 43 reconoce el derecho a la protección de la Salud, que debe ser garantizado por los poderes públicos. El art. 49 reconoce el derecho de los minusválidos a una política de prevención, tratamiento, y rehabilitación por parte de los poderes públicos. El art. 50 reconoce el derecho a unas pensiones suficientes, adecuadas y periódicamente actualizadas, que deben garantizarse por los poderes públicos. Y en definitiva el art. 41 reconoce textualmente que "los poderes públicos mantendrán un sistema público de Seguridad Social... que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo...".

Estamos pues ante una especial preocupación por parte de la Constitución para la protección de los derechos de la Seguridad Social, explicable en gran parte por los bajos niveles de protección social pública existentes en nuestro país; el gasto en protección social pública en España representa aprox. el 17% del P.I.B. frente al 25% de media en los países de la C.E.E.

Como se ha destacado en la introducción estamos amenazados con una gravísima contrareforma de la Seguridad Social, que atentaría frontalmente contra el espíritu y la letra de la Constitución. Contrareforma que posiblemente sea inevitable a la vuelta de pocos meses, si se sigue extendiendo el fenómeno de impago de cuotas por parte de los empresarios.

Hay pues razones de fondo para defender que el cumplimiento de los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a un sistema de prestaciones públicas de la Seguridad Social, dignas y suficientes, sólo puede ser una realidad atajando los elementos de déficit de este sistema y en primer y fundamental lugar, la situación de deuda empresarial.

V.—Las medidas legales para la represión del fraude empresarial a la S. Social

Dos son a mi juicio las vías para atajar esa evolución geométrica del impago de las cuotas empresariales a la Seguridad Social.

En primer lugar las que se sitúan en el ámbito de la actuación de la administración laboral y que se centrarían en una eficaz labor de inspección, en un procedimiento de recurso en la vía administrativa con elementos disuasorios, en un rápido procedimiento de ejecución y por supuesto en un incremento de las competencias de los representantes de los trabajadores en el cumplimiento de las obligaciones sociales de las empresas.

La inspección de trabajo sigue estando en nuestro país infradotada de recursos humanos y materiales, máxime teniendo en cuenta la estructura minifundista del empresariado español y la extensión creciente de la economía subterránea, situación esta que se debe corregir con urgencia si realmente se quiere controlar el cumplimiento de la legalidad social por parte de las empresas.

Sin embargo el *primer paso para el control de ese cumplimiento de la legalidad debe darse en los centros de trabajo,* por parte de los propios afectados a través de sus representantes legales: delegados de personal y comités de empresa. Aunque el Estatuto de los Trabajadores contempla ciertos derechos de información por parte de la representación obrera, este reconocimiento es demasiado genérico y continua fuente, por éllo, de conflictos e incumplimientos empresariales. Se debe por tanto desarrollar claramente este aspecto del Estatuto, reconociendo el pleno derecho del acceso de los representantes legales de los trabaja-

dores, de forma periódica, a los partes de alta y baja en la afiliación, cotizaciones, aplazamientos en su caso, etc.

También debe favorecerse el libre acceso del trabajador en las oficinas del INSS a sus datos personales en cuanto afiliación y cotización, hoy sometido a enormes trabas y dificultades, que si bien no tienen justificación desde el punto de vista del derecho, menos aún lo tienen desde la perspectiva de su materialización técnica, dado el nivel de mecanización informática en que están ya los servicios de Tesorería de la Seguridad Social.

Por otra parte hay que reestablecer de forma inmediata, revisándolos al alza, los recargos y depósitos previos para la impugnación de actas de liquidación o infracción, a fin de que tenga elementos disuasorios suficientes frente al abuso del derecho a recurrir los actos administrativos de las Direcciones Provinciales de Trabajo o entidades sustitutorias en las Comunidades Autonómicas.

Por último hay que solucionar de forma urgente la inoperancia actual del procedimiento ejecutivo de las deudas de la Seguridad Social por parte de las Magistraturas de Trabajo. Efectivamente si algún día esa deuda actual se convierte en historia, puede ser en gran medida por la imposibilidad real de las Magistraturas de Trabajo de ejecutarla en su momento oportuno. La mayoría de los empresarios deudores saben que, en el 95% de los casos, cuando lleguen los oficiales de la Magistratura a proceder al embargo de bienes a su empresa, esta o ha desaparecido, cambiado de denominación social, etc., o ya han sido embargados esos bienes muchos meses antes por otros impagos. Es tal la inoperancia de los actuales procedimientos de ejecución de la deuda empresarial, que el propio INSS se ha planteado como objetivo para 1985 recuperar el 2% del importe total de la deuda.

Personalmente considero que desde la actual estructura de las Magistraturas de Trabajo, cuyo retraso en la tramitación ordinaria de los procedimientos adquiere cada día características más espectaculares, es prácticamente imposible abordar con seriedad la ejecución de la deuda empresarial a la Seguridad Social. Debe por tanto crearse con urgencia un servicio de ejecución propio de la Seguridad Social, dotado de medios materiales y humanos suficientes así como de facultades legales efectivas. Este servicio propio de ejecución, ya desde hace meses, viene siendo anunciado por la propia dirección del INSS, sin embargo siguen sin darse pasos efectivos, para su puesta en funcionamiento.

Sin embargo con ser importantes todas las medidas anteriormente señaladas, cuyos efectos positivos se notarían en un breve plazo de tiempo, a mi manera de ver, resultan insuficientes de cara a actitudes contumaces de fraude a la Seguridad Social. *Es preciso por tanto articular medidas de sanción penal.*

VI.—**La aplicación del art. 499 bis del Código Penal**

El art. 499 bis del Código Penal, seguramente uno de los menos utilizados de este cuerpo legal en proporción al ámbito y subjetivo que contempla, recoge en su apartado 1.º la figura delictiva del que "usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales".

De una simple lectura de este apartado se puede deducir fácilmente que la actitud *reiterada y sistemática* de impago de las cuotas patronales a la S. Social, caen perfectamente en el campo de aplicación de este delito. La realidad desgraciadamente es que estamos ante un artículo virgen en lo que se refiere a su utili-

zación para sancionar el fraude patronal de las cotizaciones a la S. Social.

Sin embargo parece evidente, por una parte que el impago acumulado de las cuotas y sus inevitables efectos en la financiación de la Seguridad Social supone un perjuicio nítido para los trabajadores, que se ven ante el hecho de un recorte de las prestaciones públicas de la Seguridad Social a causa de la disminución de los ingresos correspondientes a las cuotas patronales. Perjuicio que atenta no sólo contra derechos adquiridos sino también contra diversos artículos de la Constitución referidos a la S. Social, a los que antes me refería. Así pues el perjuicio es más que cierto y grave, máxime en un contexto en que el 89% de las pensiones de nuestro país están por debajo del Salario Mínimo Interprofesional y son por tanto en su mayoría en la actualidad pensiones de miseria tercermundista.

En segundo lugar, esta actitud empresarial obedece, como he reiterado largamente en este trabajo, a una decisión de política empresarial, carece por tanto, además de legalidad, de legitimidad alguna, y puede calificarse sin duda, de manera lógica como "una maquinación o procedimiento malicioso" tal y como exige el citado apartado del art. 499 bis del Código Penal.

Habría pues que empezar a aplicar este precepto penal a aquellos empresarios, que de forma reiterada se caractericen por una actitud de impago de las cuotas patronales, p.e. a empresarios que no procedan a dar de alta a más de un 10% de su plantilla, que tengan impagos acumulados de forma ilegal, y por tanto al margen de los procedimientos de aplazamiento, superiores a un año, o cuando estos impagos afecten a más del 50% de la plantilla, etc.

Es por otra parte de temer que la benignidad de la sanción penal, de una pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 60.000 Pts. haga más que rentable a muchos empresarios correr el riesgo de ser procesados. Sin embargo el carácter de ejemplarización social que tendría una serie de procesamientos patronales, sin duda repercutiría de forma positiva en una reducción de esta sistemática actitud de impago a la Seguridad Social.

VII.—**Por una tipificación penal específica del fraude empresarial en las cotizaciones de la Seguridad Social.**

La entidad del actual fraude empresarial en las cotizaciones a la Seguridad Social, la benignidad sancionadora del Código Penal a través del referido art. 499 bis del Código Penal, y los riesgos de quiebra provocada de la Seguridad Social, hacen necesario un tratamiento específico para esta figura delictiva, a contemplar en la futura Reforma del Código Penal.

Es preciso por tanto establecer expresamente la figura delictiva del impago de cuotas a la Seguridad Social, cuando se produzca sin ningún tipo de cobertura legal, negociación o pago aplazado de las cuotas con las entidades gestoras de la Seguridad Social, y cuando este impago tenga carácter continuado y por tanto contumaz o afecte a un sector importante de la plantilla. Igualmente habrá que incluir la situación de falta de alta en la Seguridad Social o altas irregulares, cuando ello suponga un grave perjuicio para el trabajador afectado, o suponga una actitud sistemática de la empresa.

La sanción penal debe contemplar para determinados supuestos de especial gravedad o contumancia, la pena de prisión menor. Igualmente serán imprescindibles unas multas de cuantía suficiente para que tengan un carácter de disuasión y no resulte en términos comparativos más rentable ser sancionado con la multa y retener durante un tiempo las cotizaciones.

Conclusiones

Obvio es decirlo que me he referido a lo largo de este trabajo exclusivamente al impago de las cuotas empresariales, y no a la apropiación indebida por parte del empresario de las cuotas descontadas al trabajador. Conducta esta que únicamente debe tener el tratamiento penal de la apropiación indebida. El haber eludido esta cuestión, que sigue siendo una realidad cotidiana, con escasos resultados en lo que se refiere a su sanción penal, es porque considero que social, política y legalmente tiene un tratamiento distinto y de hecho cuenta con la repulsa política y social hacia quien lo practica, y con la tipificación penal inequívoca, otra cosa es que después se procese y se sancione adecuadamente por los tribunales.

Sin embargo es el otro tipo de fraude empresarial el que a mi juicio merece en estos momentos mayor atención, por su enorme extensión en los últimos años y por la enorme tolerancia política, social y legal que se produce ante él.

Si no conseguimos levantar por parte de los sindicatos en primer término y en segundo lugar por todos aquellos sectores vinculados a las relaciones de trabajo, un clamor contra esta situación de fraude empresarial generalizado a la Seguridad Social, este se incrementará, aún más de lo que lo está haciendo ya, y será una coartada no explícita para al contrareforma de la Seguridad Social y un elemento de presión política patronal para conseguir una reducción drástica de las cuotas empresariales, en esa dirección de recomponer aún más el beneficio empresarial en el conjunto de la Renta Nacional, a costa de las rentas salariales.

En definitiva pues, una actitud firme por parte del gobierno, de la Administración y del poder judicial, es imprescindible y urgente. De lo contrario se estará contribuyendo a convertir en papel mojado algunos de los artículos más progresistas de nuestra Constitución democrática y nuestro país seguirá siendo no sólo un paraíso de fraude fiscal sino también de fraude social a la Seguridad Social.

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

3.ª PARTE

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS SOCIOECONÓMICOS Y SINDICALES DE LOS TRABAJADORES

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

Miguel BAJO FERNANDEZ
Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Autónoma de Madrid.
Letrado del Ilustre Colegio de Madrid.

I. INTRODUCCION

El Derecho penal laboral es un sector del Derecho penal con clara vocación unitaria. Los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo (art. 499 bis), contra la libertad sindical (art. 177 bis) y el delito de peligro denominado contra la seguridad en el trabajo (art. 348 bis a) constituyen, según Arroyo Zapatero, el "Derecho penal del trabajo, en el sentido moderno de la expresión" (1). A dichos preceptos podríamos añadir el delito de Sedición del art. 222, las coacciones laborales del art. 496 y las lesiones del art. 427.

La incidencia del Derecho penal en la relación laboral encuentra hoy su fundamental en la defensa de los intereses de los trabajadores. En la sociedad liberal decimonónica, por el contrario, el trabajador cobra relevancia penal como sujeto activo del delito (2). La aparición progresiva de un Derecho tuitivo del trabajador, el Derecho del trabajo, a consecuencia de los movimientos obreros, va exigiendo la aparición de un Derecho protector de los trabajadores contra los ataques más intolerables dirigidos a la lesión de sus intereses. El avance que en este sentido ha realizado el Derecho penal es considerada todavía insuficiente, acusando a esta rama jurídica de excesiva preocupación por los intereses ligados al Derecho de propiedad o de crédito, en contra de otros intereses, incluso económicos, de igual a mayor relieve. Destaca Daubler, por ejemplo, lo sorprendente que resulta que el comerciante que se insolventa a consecuencia de hechos intolerables de deficiente administración mercantil, sólo incurre en responsabilidad criminal si lesiona el derecho de crédito, siendo su comportamiento impune si, logrando satisfacer a sus acreedores (incluídos los obreros acreedores de los salarios no devengados), lesiona gravemente las expectativas de estabilidad en el empleo de sus trabajadores (3). El derecho penal del trabajo ha de desenvolverse en el marco constitucional que forman el reconocimiento de la libertad sindical, y el derecho de huelga (art. 25 CE), y el derecho a trabajar, a la libre elección de profesión u oficio, a una remuneración suficiente (art. 35 CE) a la negociación colectiva y al conflicto colectivo (art. 37 CE). En este marco el Estado queda obligado a realizar una política de pleno empleo, a tutelar la seguridad e higiene (art. 40CE), a mentener el régimen público de la Seguridad social (art. 41 CE) y a la salva-

(1) L. ARROYO ZAPATERO, los delitos contra los derechos de los trabajadores, en Civitas REDT, págs. 354-355.

(2) Cfr. ARROYO, Ponencia.

(3) Cfr. DAUBLER, sinn und Unsinn der insolvenzelikte, en Studien zum Wirtschaftsstrafrecht (Hsrg. Baumann-Dahn), Tubingen, 1972, 7.

guarda de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42 CE). (44).

Las posibilidades de calificación jurídico penal de las distintas infracciones al Derecho del trabajo son muy variadas. La falsedad, estafa, apropiación indebida, quiebra, alzamiento, sedicción, revelación de secretos, etc., son algunos de los supuestos en que pueden subsumirse las citadas infracciones (5). Trataremos en este apartado de estudiar los supuestos específicos de infracciones delictivas laborales.

Antes de adentrarnos en el estudio de las distintas figuras delictivas referidas, es necesario hacer breves reflexiones sobre la colisión entre el Derecho administrativo sancionador de las infracciones laborales y el Derecho penal.

II. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE LA INFRACCION LABORAL

El poder sancionador de la Administración pública española, ha sido severamente criticado por la doctrina (6). Dada la importancia de las multas previstas, resulta más intimidatorio que el propio Derecho penal del trabajo.

Si tenemos en cuenta que la norma genérica de carácter penal el art. 499 bis, C.p., prevé la sanción de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas, y si además tenemos en cuenta que la pena de arresto mayor queda amparada por la condena condicional para los delincuentes primarios lo que implica cumplimiento en libertad, tendremos una idea más o menos concreta de la enorme importancia del poder sancionador de la Administración pública en esta materia.

Tanto es así que, salvo en casos de delitos comunes de falsedad, apropiación indebida o estafa, no es aventurado afirmar que el empresario que infringe la normativa laboral teme mucho más la visita del Inspector de trabajo que la citación judicial.

Las razones por las que la Administración pública se ha hecho, también en el ámbito laboral, con tal poder sancionador, han de ser parecidas a las que, con carácter general, explican el poder sancionador de la Administración. Es decir, un procedimiento penal pensado para castigar cualquier infracción menos las de índole administrativa y además, sin duda, una desconfianza ya crónica, de la Administración pública española hacia los Tribunales de Justicia. Esta desconfianza es particularmente sorprendente en el ámbito laboral, ya que, pese a la existencia de una jurisdicción especial, el Magistrado de Trabajo lejos de poseer una potestad sancionadora propia, al menos paralela a la de la Administración pública, carece de ella y está obligado a comunicar la infracción a la Inspección de Trabajo para la iniciación del procedimiento administrativo sancionador (7).

Dicha situación no podemos dejar de calificarla de inaudita, dentro de todo lo inaudito que resulta el poder sancionador que ostenta la Administración pública española. No conocemos exhaustivamente el Derecho comparado en

---

(4) Cfr. J. JOVE JANE - E. MORALES PRAIS, la protección penal del trabajo ante el debate legislativo en Revista técnico laboral, 1980, pág. 13.

(5) Cfr. MOLERO, 11 y ss.

(6) Ver Estatuto del trabajador L. 10 marzo 1980; Ley Básica de Empleo 8 de octubre de 1980; D. 2 Noviembre 1972 de Política de Empleo; Reglamento de la Seguridad Social D. 12 septiembre 1970; D. 17 diciembre 1970 y Ley de Emigración de 21 Julio 1971.

(7) Cfr. PEREZ-ESPINOSA, 139 y ss.

esta materia, pero basta cruzar los Pirineos para encontrarnos en el Derecho francés con que la competencia para sancionar las infracciones al Derecho del trabajo o la Seguridad Social corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales (de policía o correccionales, según la diferenciación francesa). (8).

Volvemos a reclamar aquí, cosa no hecha por la doctrina en el ámbito laboral, la entrega del poder sancionador de la Administración pública a los tribunales ordinarios, dentro de los límites que, conforma a los principios generalmente aceptados en la cultura jurídica europea resulta obligado. El argumento, siempre esgrimido en contra de esta tesis, en el sentido de que, de este modo, la Administración queda inerme frente al infractor en perjuicio de la eficacia en el control de esta clase de infracciones, es un argumento erróneo. Por otra parte, es un argumento difícilmente atendible cuando, tratándose de un Derecho sancionador de tal magnitud, es necesario defender los derechos de certeza y seguridad jurídica que proceden del procedimiento criminal, y los principios de culpabilidad, irretroactividad, legalidad, etc... propios del Derecho penal.

Efectivamente, este traslado de competencias sancionadoras preconizadas tanto desde la doctrina penal como administrativa debe ir acompañada de medidas especiales que eviten quede inerme la Administración frente al infractor, por ejemplo, las de otorgar a la Administración la facultad de incoar los expedientes e iniciar los procedimientos, atribuir un valor probatorio especial a determinadas pruebas aportadas por los funcionarios públicos, la transacción penal, etc. Pues bien algunas de ellas ya operan en el ámbito del procedimiento sancionador por infracción laboral, pero, mientras resultan intolerables cuando el poder sancionador lo ostenta la Administración pública, resultarían sumamente adecuadas, y acordes con el Derecho comparado, si las sanciones las imponen los tribunales ordinarios.

Por ejemplo, la presunción de veracidad de las actas levantadas por el Inspector de trabajo (9) o la presunción de certeza del acta e inscripción en el Libro de visitas (10), son presunciones en contra del infractor inaceptables, pese a su carácter iuris tantum, cuando la Administración pública aparece como juez y parte. Tales presunciones, sin embargo, tendrían un sentido dentro de un proceso criminal, porque en defensa del interés público, quedaría justificado el posible menoscabo de los derechos del procesado que no vería, sin embargo, limitadas otras facultades elementales de un procedimiento sancionador.

Por último, en la línea crítica que estamos siguiendo ahora, no podemos olvidar la relativa abundancia de supuesto en que se infringe el non bis in idem en este terreno (11). La duplicidad de sanciones, administrativas y penales, frente a la infracción laboral no encuentra justificación similar a la que explica la duplicidad de una sanción disciplinaria y una sanción criminal (12).

En cualquier caso, se puede sostener la inconstitucionalidad de la doble sanción, a pesar de no estar el principio "non bis in idem" expresamente reconocido en nuestra Constitución en la medida en que la Constitución concibe un modelo de Estado que parte del postulado de la división de poderes, qe es incompatible con la ausencia de límites del poder sancionador del Ejecutivo. En este sentido,

(8) Cfr. MATHIEU, c, 7.
(9) Vid. PEREZ-ESPINOSA, 180 y ss.
(10) Vid. PEREZ-ESPINOSA, 206 y ss.
(11) Cfr. PEREZ-ESPINOSA, 140-141.
(12) Vid. capítulo III, I 1.

hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha concedido categoría constitucional al principio "non bis in idem" al considerar que va "íntimamente unido a los principios de legaliad y tripicidad de las infracciones recogidas principalmente en el art. 25 de la Constitución". (13). En esta dirección se ha movido la reciente reforma de la Ley General Tributaria.

III. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

La Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971 incorporó al elenco de supuestos delictivos, el atentatorio contra la libertad y seguridad en el trabajo, en el art. 499 bis.

La doctrina ha temido que el nuevo art. 499 bis, sea un "precepto de papel" (14), nacido con vocación demagógica y sin posibilidades de aplicación. A los cinco años de su entrada en vigor Sainz Cantero concluye que "este artículo ha sido aplicado, pero también (sabemos) que no lo ha sido en la medida de los suficientes" (15).

Las razones son, fundamentalmente, dos: su innecesariedad y la ineficacia de sus sanciones (16). Si innecesariedad procede, en primer lugar, de la probada eficacia de las sanciones administrativas contra las infracciones previstas en el art. 499 bis (17). En segundo lugar, procede del hecho de que los comportamientos más intolerables tipificados en dicho precepto se castigaban antes, y puede hoy también hacerse así, a través de figuras delictivas más tradicionales como la estafa, el alzamiento de bienes, la falsedad, etc. (18).

La ineficacia de sus sanciones procede de su benignidad (19). En este sentido ha advertido Quintero Olivares que, dada la índole de la sanción "la especulación con el trabajo humano... recibe en nuestro Ordenamiento Jurídico-penal un menor grado de desaprobación que aquella que se realice con productos, mercancías, monedas, etc.", castigada en el art. 540 C.p. (20). Sobre la cuantía de la pena en el art. 499 bis, discutió ampliamente la Comisión de Justicia de las Cortes que dictaminó la que iba a ser Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971. El argumento utilizado para negar una sanción más severa, fue la de que los tribunales tienden a la absolución antes de aplicar una pena excesiva. El argumento es cierto, pero sólo si la severidad de la pena la convirtiera en injusta.

Se ha sostenido que el precepto no tiene paralelo en el derecho europeo y que el funcionamiento de unos Sindicatos obreros libres, inexistentes en 1971, lo harían innecesario. (JOVE-MORALES, la protección art. cit., pág. 4-5). Arroyo se ha preocupado de demostrar que no es así ya que la tendencia en Francia,

---

(13) STC. 30 de enero 1981. Comentada por EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, en Civitas. REDA, 29.
(14) SAINZ CANTERO, 1972, 30.
(15) SAINZ CANTERO, 1977, 337.
(16) SAINZ CANTERO, 1977, 353 y ss., estudia otras razones técnicas influyentes: la excesiva limitación del tipo, la confusión de límites con otros preceptos, etc.
(17) SAINZ CANTERO, 1977, 338 y 349-350, entiende lo contrario, es decir, que las sanciones administrativas han sido ineficaces y, por eso, se acude a la sanción criminal. Tal aseveración es cierta si nos referimos a delitos como la falsedad, estafa o apropiación indebida, no si atendemos exclusivamente al art. 499 bis, cuyas sanciones, como hemos visto más arriba, producen menor temor que las que pudiera imponer la Delegación de Trabajo y demás órganos administrativos.
(18) Cfr. MOLERO, 37.
(19) SAINZ CANTERO, 1972, 20.
(20) QUINTERO OLIVARES, 310.

Alemania, e Italia fundamentalmente, es la de penalizar dichos comportamientos que tenían sólo categoría de infracciones laborales no penales, a pesar del peso específico que en dichos países tiene la lucha sindical. Y así sostiene *"que de lo expuesto se deduce que la protección penal de los intereses y derechos de los trabajadores que ofrece hoy el ordenamiento español se corresponde con el Derecho comparado de los países del entorno cultural europeo, en el que se estima también que tales derechos son merecedores de tutela penal y que la misma resulta, además, necesaria en la realidad criminológica de la vida laboral, no resultando suficientes los sistemas prepenales de control social y jurídico, como son las normas y justicia laborales y la autotutela que proporciona la acción sindical.* Insuficiencia que se ve incrementada en periodos de crisis económica". (21).

1. **BIEN JURIDICO PROTEGIDO**

El bien jurídico protegido en el art. 499 bis se concreta en los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo. No se trata de los intereses del trabajador individualmente considerado, sino del trabajador como miembro de una clase social o de un sector de la comunidad con una situación concreta en el mercado de trabajo. En último extremo el art. 499 bis es una norma jurídica más de las que pretenden lograr un correcto equilibrio de fuerzas en la libertad de contratación dentro del mercado de trabajo. De este modo, se protege también el orden social tanto en su aspecto interno de mantenimiento del equilibrio mediante la defensa del más débil, como en su aspecto externo de mantenimiento de la paz pública fácilmente perturbable mediante conductas abusivas sobre la masa de trabajadores (22).

Arroyo, en esta línea, cree que es posible precisar aún más cifrando el bien jurídico en "el interés del Estado a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena" (23). En el mismo sentido parece discurrir la S. de 18 de mayo de 1981 al observar que la Ley pretende asegurar "el cumplimiento de la Legislación laboral". Estas posiciones son similares a la mantenida por mí con la diferencia de que el sujeto pasivo sería el Estado en la tesis de Arroyo, y no la clase trabajadora como sostengo.

No es esta la opinión comúnmente sustentada en la doctrina penal que considera más bien objeto de protección la libertad y la seguridad del trabajador según los distintos supuestos delictivos contemplados en el art. 499 bis (24). Esta tesis no me parece sostentible. En primer lugar, es necesario observar que en el supuesto de crisis de empresa a que se refiere el párrafo tercero del precepto, el objeto de protección evidentemente no es la libertad ni la seguridad, sino, entre otros, el derecho de crédito de los trabajadores (25). En segundo lugar, hablar aquí de seguridad como bien jurídico protegido resulta sumamente equívoco sin saber exactamente si se refiere a la seguridad que evita los accidentes de trabajo o protege la higiene, o la que se refiere a la estabilidad en el empleo. Si para evitar

---

(21) ARROYO, los delitos, cit., pág. 355.

(22) Sobre la protección de los que llamamos aspecto externo del orden social se manifiesta también SAINZ CANTERO; 1972, 16-17, "que determinados comportamientos de los que ahora nos interesan constituyen factores altamente perturbadores de la paz pública no puede ser puesto en duda; en nuestra realidad social desencadenaron ya conflictos colectivos que, al saltar a la calle, han producido graves alteraciones del orden".

(23) ARROYO, los delitos, cit., pág. 358.

(24) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 310; SAINZ CANTERO, 1972, 10-11.

este equívoco se refiriera tal seguridad a la expectativa del trabajador de que se cumplirá lo convenido en el contrato de trabajo, nos hemos perdido en un concepto excesivamente inconcreto (26).

A lo sumo, de seguir la línea de la doctrina penal, habría que admitir una pluralidad de bienes: libertad, integridad física, salud, estabilidad en el empleo, derecho de crédito, etc. (27). Sin embargo, este entendimiento conduce al resultado insatisfactorio de tener que considerar el art. 499 bis ley especial frente a figuras delictivas tales como las amenazas, coacciones, lesiones, alzamiento y quiebra, apropiación indebida, estafa, etc. Expongamos la cuestión sobre un ejemplo; el empresario impone a los trabajadores, mediante procedimientos maliciosos, que implican engaño, condiciones lesivas de sus derechos, todo ello colocando al trabajador en grave situación económica (ver art. 528 y 529). Si entendemos el precepto como protector de esa pluralidad de intereses individuales del trabajador a que hicimos referencia, la gravedad de la conducta aparece abarcada de modo exhaustivo por el propio art. 499 bis. Pese a que el supuesto resulta también subsumible en el art. 529 relativo a la estafa, al presentarse el art. 499 bis como Ley especial quedaría resuelto el conflicto a favor de este último, con la insatisfactoria consecuencia que se impondría una pena sensiblemente menor (arresto mayor y multa frente a prisión menor) (28). La misma insatisfacción produce, el tener que castigar exclusivamente conforme al art. 499 bis, la imposición de condiciones lesivas de los derechos de los trabajadores mediante amenazas o coacciones, sin poder apreciar concurso alguno, con lo que tal comportamiento revestiría la misma relevancia que aquel en que la imposición de las condiciones se hiciera con procedimientos no violentos.

Hay que tener en cuenta, además, que puede darse el supuesto de delito que no produce perjuicios para el trabajador. Expresamente se refiere a tales casos el número 3, art. 499 bis. Caben, además, otros casos en que el perjuicio individual no exista (contratación eventual con salario superior en circunstancias de pleno empleo), pero la conducta resulte igualmente intolerable porque puede implicar un abuso, de utilizarse frente a otros trabajadores. Todo ello implica nuevos argumentos en contra de considerar los intereses del trabajador, individualmente considerado, como bien jurídico protegido en el art. 499 bis.

Un último argumento que prueba que no son los intereses del trabajador, individualmente considerado, el objeto de protección del art. 499 bis, se deriva de razones sistemáticas. En efecto, ya con anterioridad al nacimiento de este precepto, los intereses de los trabajadores como tales individuos lograban protección penal por la vía de los delitos comunes. En el delito de apropiación indebida se incluye la falta de ingreso de las cuotas de seguridad social descontadas a los trabajadores; en el art. 427 se castigan las infracciones de las leyes laborales ocasionando quebranto en la salud o integridad física de los trabajadores, las estafas de abuso de firma en blanco (529, 3), etc..., castigan conductas hoy indudablemente insertas en el art. 499 bis. los delitos de insolvencia abarcan también conductas que recogen el precepto que comentamos. Consciente de todo esto, Muñoz Conde observa que la pluralidad de intereses que constituyen objeto de protección del precepto "están protegidos especialmente en este lugar, precisa-

---

(25) MUÑOZ CONDE, Derecho penal, 148 entre otros.
(26) Cfr. MOLERO, 7.
(27) Ver la S. 2 de febrero de 1980.
(28) Como veremos más adelante, no es posible la aplicación del art. 68.

mente en cuanto pertenecen al trabajador" (29). Se reconoce así, aunque no expresamente, que tales intereses son protegidos en cuanto que pertenecen a los trabajadores como parte del contrato de trabajo, como clase social o sector de la comunidad con una situación concreta en el mercado de trabajo, porque la defensa de los intereses de los trabajadores como individuos, es decir como simples miembros de la comunidad,s e consigue eficazmente en aquellos otros preceptos penales a que hacemos referencia.

De este modo, adquiere significación la creación del art. 499 bis. Conductas que antes eran castigadas como amenazas, apropiación indebida, estafa, quimera, etc..., hoy lo son, además, como delito del art. 499 bis si, aparte de lesionar los intereses individuales de los trabajadores (intereses idénticos a los de cualquier otro ciudadano, incluido el empresario), lesionan los intereses del trabajador como parte del juego de contratación. Así pues, sólo apreciando concurso de delitos es posible abarcar exhaustivamente la gravedad del comportamiento. De otro lado, y por último, al no ser objeto de protección los intereses del Trabajador como individuo, sino del trabajador como perteneciente a una clase social o a un sector del mercado de trabajo, resulta que para la aplicación del art. 499 bis es indiferente el número de trabajadores afectados, apreciando en todo caso un único delito. Acertadamente apunta Arroyo (31) que son tres las consecuencias que de aquí se derivan. En primer lugar, la ya apuntada de apreciar un único delito aunque afecte a pluralidad de trabajadores. En segundo lugar, la irrelevancia del consentimiento del trabajador. Por último, apreciar concurso de delitos si se lesionan también bienes jurídicos individuales.

2. **ESTUDIO DE LAS FIGURAS DELICTIVAS**

A) IMPOSICION DE CONDICIONES LABORALES O DE SEGURIDAD SOCIAL

a) *Conducta típica*

El comportamiento punible conforme al número 1, art. 499 bis consiste, sustancialmente, en imponer condiciones. Tal conducta queda limitada por los medios de comisión (maquinaciones o procedimientos maliciosos) y por los derechos lesionados a consecuencia de tal imposición (derechos de trabajadores reconocidos por las disposiciones legales o convenios colectivos sindicales).

La expresión "imponer" debe entenderse en el sentido de obligar a hacer algo, es decir, como "sometimiento de la voluntad del trabajador en relación con su situación profesional, obligándole a aceptar unas condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen sus derechos" (32). Se obliga, en este sentido, tanto mediante la fuerza física como mediante la amenaza o la intimidación o abusando de las necesidades de obtención de un puesto de trabajo. La cuestión que preocupa al intérprete es saber hasta qué punto tal comportamiento queda limitado al exigir la Ley el uso de maquinaciones o procedimientos maliciosos. A mi juicio, las expresiones legales son tan sumamente vagas que permiten una amplia interpretación. Téngase en cuenta que en el Art. 540 del código penal las maquinaciones a que el proceso hace referencia tienen un ámbito más restringido, ya que se ejemplifican en la violencia, amenaza o engaño y, pese a ello, el Tri-

(29) MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, 148.

(30) Sobre la posición doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la admisión del concurso, véanse los apartados correspondientes de las figuras relativas a los números 1 y 2 art. 499 bis.

(31) ARROYO, los delitos, cit. pág. 357.

(32) SAINZ CANTERO, 1972, 10.

bunal supremo en alguna ocasión entendió por maquinación el abuso de la necesidad de vivienda (33). Con mayor razón deberían de incluirse en el art. 499 bis en que las maquinaciones no se ven restringidas a los medios violentos de obtención de un puesto de trabajo. En este sentigo sostiene Arroyo que basta "la concurrencia de una genérica y relativa situación de necesidad, que es la propia de todo aquel que no trabaja por cuenta propia, en una sociedad en la que faltan puestos de trabajo y el despido es posible" (34).

Podemos plantear la cuestión desde otra perspectiva y preguntarnos si son típicos los comportamientos de imposición de condiciones cuando el trabajador acepta expresamente tales condiciones. Según Rodríguez Devesa hay que excluir del tipo la imposición de condiciones ilegales propuestas abiertamente al trabajador, por ejemplo, cuando se produce aceptación por el trabajador de no ser dado de alta en la seguridad social a trueque de percibir mayor salario presentado por las cuotas no detraídas (35). A mi juicio, el hecho de la aceptación por parte del trabajador de unas condiciones abiertamente expuestas no es suficiente razón para excluir el hecho del art. 499 bis, porque aún en tal caso es posible entender cumplido el comportamiento típico en la medida en que se obliga al trabajador a tal aceptación, por ejemplo, por la necesidad de trabajo. Y no obsta a este entendimiento la existencia legal de maquinaciones o procedimientos maliciosos porque, según el diccionario, maquinar no es más que intrigar o tramar y por intrigar ha de entenderse el manejo cauteloso o prevenido. De otro lado, procedimiento malicioso ha de entenderse como procedimiento doloso o intencional dirigido al mal. Pues bien, tales descripciones encuadran perfectamente en la abierta imposición de condiciones de trabajo abusando de la necesidad (36).

La jurisprudencia viene manteniendo últimamente esta concepción amplia. Así, la S. de 30 de abril de 1980, aunque absuelve por falsificación y estafa, condena por el art. 499 bis a quien "exigió al perjudicado, para darle trabajo, la firma de un documento en blanco en virtud del cual este daba por rescindido el contrato laboral renunciando a cualquier clase de indemnización, a lo que el productor accedió". Y la S. de 26 de mayo de 1982 condenó a quien afilió a sus 3 empleados a un régimen de Seguridad Social de menores derechos a los que correspondían.

La imposición de condiciones ha de lesionar los derechos de los trabajadores reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales. Que se lesionen estos derechos no significa necesariamente que existe un perjuicio económico entendido como una disminución del patrimonio del trabajador (37). Entre otras razones porque pueden lesionarse derechos carentes de contenido económico. La expresión disposiciones legales ha de entenderse en sentido amplio. Deberán incluirse, pues, tanto las leyes (formales, emanadas del poder legislativo, y materiales: Decreto-ley y Ley delegada) como los Reglamentos las ordenanzas y reglamentaciones prexistentes al Estatuto de los trabajadores y las normas sectoriales del Ministerio de trabajo en cumplimiento del Estatuto. Aun-

---

(33) S. de 14 de mayo de 1975, en contra 3 de marzo de 1977.
(34) ARROYO, los delitos, cit. pág. 364.
(35) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 314.
(36) En esta línea de interpretación amplia SAINZ CANTERO, 1977, 354 y ss.
(37) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 3143-315.

que discutible la naturaleza jurídica de cada una de estas disposiciones no puede negarse que todas tienen rango normativo (37 bis).

También han de incluirse las llamadas "sentencias normativas", mediante las que la jurisdicción laboral puede resolver los conflictos colectivos de trabajo, porque se trata de resolver las "discrepancias en la interpretación de normas legales o convencionales", apareciendo como "normas jurídicas complementarias que asumen el rango del precepto que interpretan" (38).

Se incluyen las normas constitucionales directamente aplicables (art. 53 CE), no los principios constitucionales meramente programáticos como el que se refiere al pleno empleo (art. 40 CE). Deberá incluirse, también, los convenios internacionales públicos (art. 06 CE). "En suma —sostiene Arroyo— lo que se excluye son los convenios de Derecho común, los contratos de trabajo individuales y las condiciones específicas establecidas en los mismos" (39).

Al lado de los derechos reconocidos por disposiciones legales incluye el art. 499 bis los derechos reconocidos en convenios colectivos sindicales. La expresión es lo suficientemente clara como para referirse sólo a los convenios celebrados conforme a lo dispuesto en la Ley. Quedan excluídos, pues, cualquier otra clase de pactos o contratos que pudieran existir entre la empresa y el trabajador, excluyéndose también, tal y como se decidió en la discusión de las Cortes, el contrato de trabajo individual (40). Esta decisión nos parece acertada porque el incumplimiento de las condiciones establecidas en un contrato de trabajo individual no afectan al bien jurídico según lo hemos entendido más arriba.

El texto de la ley se refiere a imposición de condiciones ilegales de seguridad social. Ha planteado Rodríguez Devesa la cuestión de si la expresión seguridad social ha de entenderse en su acepción restringida referente a los seguros sociales (incapacidad, invalidez, fallecimiento, desempleo, etc...) o ha de incluir también la higiene y seguridad en el trabajo. Opta por la solución restrictiva entre otras razones porque la infracción de reglamentos que puede ocasionar un quebranto en la salud o integridad física de los obreros se halla castigado, en casos, en el art. 427 C.p. (41). Este argumento no es, quizás, decisivo, ya que, en definitiva, los bienes jurídicos que tratan de proteger ambos preceptos (art. 499 bis y 427) son distintos pudiendo dar lugar a un concurso de delitos. En la medida en que la higiene y la seguridd en el trabajo se incluyen en la normativa laboral debería de admitirse la interpretación amplia.

b) *El elemento subjetivo*

El dolo requiere el conocimiento y voluntad referidos a la imposición de condiciones y que estas condiciones perjudican los derechos de los trabajadores.

Según Quintero Olivares el adjetivo "malicioso" utilizado en el precepto implica la exigencia de un elemento subjetivo del tipo injusto consistente en el ánimo de perjudicar a los trabajadores 642). Tal interpretación no me parece deducible del texto legal. La referencia legal a la "malicia", referencia sin duda

---

(37 bis) RODRIGUEZ DEVESA, Parte espcial, 315, pone en duda que las Reglamentaciones del Trabajo provinciales deban incluirse en la expresión "disposiciones legales", ya que no se publican ene l BOE, sino en el Boletin de la Provincia.

(38) Cfr. SAINZ CANTERO, 1972, 7.

(39) ARROYO, los delitos, cit., pág. 366.

(40) Vid. RODRIGUEZ DEVESA, parte especial, 315 y nota 33.

(41) Opta por la solución restrictiva entre otras razones porque la infracción de reglamentos que puede ocasionar un quebranto en la salud o integridad física de los obreros se halla castigado, en casos, en el art. 427, C.p.

(42) Según QUINTERO OLIVARES el adjetivo "malicioso" utilizado en el precepto implica la exigencia de un elemento subjetivo del tipo injusto consistente en el ánimo de perjudicar a los trabajadores.

perturbadora (43), no implica, a mi juicio, ningún elemento subjetivo del tipo injusto, sino que se trata más bien de un elemento del tipo de culpabilidad incorporado a la descripción de la figura delictiva y cumple exclusivamente la función de eliminar la posibilidad de la incriminación imprudente (44). Es decir, sólo es punible la imposición dolosa (maliciosa) de las condiciones a que hace referencia el art. 499 bis. No empece este entendimiento el hecho de que, como apunta Rodríguez Devesa, el adjetivo "malicioso" se refiera no a la totalidad de los elementos del tipo, sino sólo a los medios de comisión (45) en cuanto que se debe a razones de estilo.

c) *Consumación*

Es opinión dominante que no se exige perjuicio para los trabajadores, por lo que la consumación se produce en el lugar y tiempo en que se imponen las condiciones ilegales (46). La innecesariedad del perjuicio para la consumación ha de entenderse en el sentido de que no es necesario que el trabajador sufra perjuicios económicos, escalafonales, de descanso, etc. (47), pero si se requiere, por expresa indicación legal, que las condiciones impuestas al trabajador sean perjudiciales de sus derechos, es decir, que sean condiciones contrarias a sus derechos. Desde el momento en que tales condiciones vinculan al trabajador, se consuma el hecho, sin que obste a tal consumación que una ulterior actividad de éste (por ejemplo, la demanda ante Magistratura de Trabajo) impida un posible ulterior perjuicio (48).

El problema del momento de la consumación tuvo su importancia en aquellos casos en que la imposición de las condiciones se realizó antes de la entrada en vigor del actual art. 499 bis, persistiendo, sin embargo, aquellas condiciones vigente ya este precepto. La S. de 13 de junio de 1975 ante un problema de esta índole opta por entender que el delito es de consumación instantanea, de modo que si las condiciones se impusieron con anterioridad a la entrada en vigor del precepto no hay delitos, aún cuando los efectos de tal imposición se extendieran en el tiempo. Sainz Cantero observa incluso que la Ley impide esta interpretación puesto que las condiciones se están imponiendo mientras persiste la relación laboral.

Así pues, la consumación se produce en el momento de la imposición de las condiciones ilegales, bien entendido que la consumación perdura mientras subsistan tales condiciones. Otro entendimiento podría concluir al absurdo de que, al comenzar el cómputo de la prescripción desde el momento en que se consuma el delito y entenderse la consumación en que se consuma el delito y entenderse la consumación instantánea en el momento de la imposición de las condiciones, el delito podría llegar a considerarse prescrito pese a que el trabajador sigue sufriendo las condiciones perjudiciales impuestas en su día por el empresario.

Los hechos ventilados en la S. de 24 de febrero de 1976 (50) permiten aplicar

---

(43) Tal interpretación no me parece deducible del texto legal. La referencia legal a la "malicia", referencia sin duda perturbadora.

(44) Así ARROYO, los delitos, cit., pág. 365.

(45) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 314.

(46) En este sentido se había manifestado en la discusión del proyecto Herrero Tejedor. RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 314; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, 150.

(47) MOLERO, 24.

(48) Vid., en este sentido, la S. de 13 de abril de 1976, referida al número 2, art. 499 bis.

(49) SAINZ CANTERO, 1977, 365 y ss.

(50) Comentada por SAINZ CANTERO, 1977, 366 y ss.

la tesis que mantenemos sobre la consumación a un hecho más habitual de lo que sería de desear en las relaciones de trabajo. Se trata del empresario que, como requisito para la admisión de los trabajadores, les hace firmar un papel en blanco que luego rellena haciendo constar, falsamente el despido y las cantidades entregadas por indemnización. El problema que se planteaba consistía en que los actos de hacer firmar en blanco y de rellenar el papel con el despido fueron ambos anteriores a la entrada en vigor del actual art. 499 bis, mientras que su presentación en juicio en Magistratura de Trabajo se realiza cuando el citado precepto estaba ya vigente. La Audiencia absolvió, el Ministerio Fiscal recurre ante el Tribunal Supremo por entender que la consumación se produjo en el momento de la presentación del documento en Magistratura, y la Sala segunda del T.S. confirma la absolución al entender la consumación en el momento en que los papeles fueron "rellenados".

A mi juicio, ninguna de las soluciones es aceptable. La consumación se produce en el momento en que se imponen las condiciones y a mí no me cabe la menor duda que tal momento es aquel en que el empleador hace firmar en blanco el papel como requisito para la admisión. Esto no significa, sin embargo, que al no estar vigente el Art. 499 bis en aquella fecha, el hecho haya de quedar impune, porque, como apuntamos más arriba, la consumación pervive, mientras el trabajador esté sometido a la condición, mientras el papel en blanco no se destruya o se rellene sin perjuicio de los derechos del mismo. Al no producirse estos hechos, la condición impuesta perduró, vigente ya el art. 499 bis.

d) *Concurso*

En la comisión del hecho pueden concurrir falsedades documentales amenazas, apropiaciones indebidas, estafas, lesiones, etc. (51). Ya hemos expuesto más arriba que en la medida en que el Art. 499 bis protege bienes jurídicos distintos a los que son objeto de protección en los referidos delitos, debe apreciarse concurso de delitos cuando la imposición de condiciones se realiza mediante la comisión de aquellos hechos, ya que sólo así puede valorarse en toda su amplitud la gravedad de comportamiento (52).

No es éste un entendimiento común. Así Quintero Olivares califica de Ley especial al art. 499 bis frente al delito de coacciones (53) con lo que, en el caso de imposición de condiciones mediante coacciones o amenazas, debe aplicarse exclusivamente la Ley especial: el art. 499 bis (54). Molero, refiriéndose a los casos en que se produce un perjuicio económico a consecuencia de maquinaciones engañosas, tampoco es partidario del concurso, sino de apreciar estafa exclusivamente, dejando el art. 499 bis para los supuestos en que el perjuicio económico es sólo potencial, porque "cabe preguntarse si no implicaría suficiente presión sobre el empresario la sanción laboral sobre el resultado potencial y la pena del art. 529 sobre el consumado" (55). Dejando aparte que la sanción del art. 499 bis no es laboral, sino penal, lo cierto es que la solución de Molero olvida que la estafa también se castiga en grado de frustración o tentativa, por lo

(51) Vid. MOLERO, 12 y ss.; SAINZ CANTERO, 1977, 361 y ss.

(52) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 316, admite concurso con el delito de falsedad y con el de apropiación indebida de las cuotas de seguridad social percibidas y no ingresadas. Sobre este último supuesto, cid., infra, V.

(53) QUINTERO OLIVARES, 301-308.

(54) Parece manifestarse también en este sentido MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, 150. En el sentido del texto, ARROYO, los delitos, cit., pág. 366.

(55) MOLERO, 25.

que no dándose el perjuicio económico sigue en pie la cuestión de si cabe el concurso entre el delito del art. 499 bis en grado de consumación y la estafa en grado de tentativa.

La S. de 30 de abril de 1980 no apreció concurso en un caso de firma en blanco de un finiquito pero por entender que faltaban elementos típicos de los delitos de falsedad y estafa ya que el empresario completó el blanco según lo pactado, lo que impide sostener cualquier forma de falsedad (falsedad ideológica faltando a la verdad, intercalación o alteración) o de abuso de firma en blanco.

En la modalidad delictiva del número 2 del art. 499 bis insistiremos en nuestra tesis del concurso y allí remitimos al lector.

B) SUPRESION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

a) *Conducta típica*

El comportamiento típico del número 2, art. 499 bis consiste en suprimir o restringir la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo legalmente reconocidas. Según la S. de 28 de junio de 1977 se trata de "un delito de resultado que, como tal, sólo se consuma cuando se hubiesen producido las consecuencias previstas en el precepto, cuales son: que se supriman o restrinjan los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por las disposiciones legales". Normalmente esta conducta se realiza estando vigente el contrato de trabajo, mientras que en el número 1, art. 499 bis el comportamiento tiene lugar en el momento de realizar la contratación con el trabajador.

Esta relación laboral ha de entenderse, según Molero como contrato de trabajo por cuenta y bajo dependencia ajenas, siendo indiferente que sea verbal o escrito, expreso o tácito. Hay contrato, a efectos penales, aún cuando no se cumplan ciertos requisitos formales como la omisión del tríptico de menores, certificado médico de mujeres, etc., o aún cuando falte la capacidad del menor o de la mujer, la representación o autorización, el permiso de trabajo para extranjeros, etc. (56). La relación laboral no tiene por qué vincular necesariamente al trabajador con el autor de la conducta. De este modo cabe la supresión o restricción de la estabilidad en el empleo de trabajadores ajenos, es decir, de trabajadores ligados contractualmente con otra persona distinta al que restringe la estabilidad. Por ejemplo, el cesionario en el comportamiento de cesión de mano de obra (57).

La supresión o restricción de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo sólo es punible cuando se produce como consecuencia de determinadas *formas de comisión*. Si las modalidades de comisión es el número 1, art. 499 bis eran las maquinaciones o procedimientos maliciosos, en el número 2 lo son las formas maliciosas entre las que, a título de ejemplo, describe la Ley la cesión de mano de obra, simulación de contrato y sustitución o falseamiento de empresa.

Por *cesión de mano de obra* deberá entenderse, ateniéndonos al preámbulo del D. de 15 de febrero de 1952, hoy derogado, y al art. 43 del Estatuto de los trabajadores, la operación por la que una empresa cede todo o parte de su personal a otra. Tal comportamiento puede producirse, por ejemplo, para evitar al empresario las cargas que pudieran derivarse de superar el número de cincuenta

---

(56) MOLERO, 24.
(57) Vid. MOLERO, 26.

trabajadores, o para evitar el carácter fijo del trabajador dándole de baja en la empresa y de alta en la otra. (58). La cesión pone en peligro la estabilidad, la percepción de salarios, los beneficios de la Seguridad Social, etc... y, aunque la jurisprudencia penal tiene dificultades para su apreciación (59), se ha admitido. Así la S. 18 de mayo de 1981 apreció el delito en grado de tentativa en un caso de quien, con el fin de eludir las indemnizaciones por despido, constituyó una Sociedad con capital de 1.000.000 de pts. sin desembolsar comunicando a los obreros que pasaban a depender de la nueva empresa, finalidad que no se logró por oposición de aquellos. Sin embargo, la S. de 2 de febrero de 1980, negó el delito porque la cesión fue temporal por tres meses y no se perseguía el perjuicio de los trabajadores.

La *simulación de contrato* —según Molero— deberá de incluir tanto la contratación de forma distinta a la laboral (creación de sociedad mercantil, arrendamiento de servicios, etc.) como la contratación laboral en que se falseen datos en el propio contrato escrito o, habiéndose otorgado el contrato sin forma especial, se producen variaciones maliciosas de forma indirecta (anotaciones falsas en la documentación del trabajador: Libro de matrícula, recibos de salarios, plantillas, escalafones, etc.) En cualquier caso, las simulaciones más comunes podría ser: alteración de la fecha de ingreso, condición del trabajador como fijo, eventual o interino, el periodo de prueba, la categoría profesional, los datos salariales, el término final del contrato (60).

En *la sustitución o falseamiento de empresa* podrían incluirse —según Molero— la sustitución de la titularidad jurídica de la empresa, falseamiento de domicilio (a efectos de seguridad social, aplicación de convenios colectivos, etc.), falseamiento del número de trabajadores (a efectos de obligatoriedad del Reglamento de régimen interior, constitución de jurados, comités de seguridad e higiene representantes de jurados, comités de seguridad, representantes del personal en el Consejo de Administración, etc.), falseamiento sobre la actividad de la empresa (a efectos de ordenanza y convenio aplicable, régimen de seguridad social), etc. En todo caso hay que tener en cuenta que la sustitución o falseamiento debe redundar en restricción y supresión de derechos de los trabajadores (61).

Ver SS. 18 de mayo de 1981 y 5 de febrero de 1981.

Estas modalidades de comisión (cesión de mano de obra, simulación de contrato y sustitución o falsamiento de empresa) han de entenderse *ad exemplum,* quedando abierta la posibilidad de cualquier otra forma maliciosa de comisión. La amplitud de esta expresión legal (forma maliciosa) es evidente y fue reconocida en la S. de 28 de junio de 1977 al entender que las formas maliciosas "implican una maquinación o asechanza artificiosa tendente a lograr un fraude de Ley dando apariencia de legalidad a lo que realmente no lo es". De ahí que resulte especialmente recusable la tesis de la S. de 23 de marzo de 1976 según la cual no es forma maliciosa a efectos del número 2, art. 499 bis la falsificación realizada por un empresario que, "buscando con ello el correspondiente despido de las empleadas", añadió a recibos firmados por ellas el siguiente texto: "además

---

(58) Cfr. MOLERO, 20.
(59) Ver AVILES CABALLERO, la cesión ilegal de obreros, en la Cee, II, 118.
(60) MOLERO, 29.
(61) MOLERO, 30)

recibo doce mil pesetas por mi cese en el trabajo con esta empresa quedando con esta cantidad totalmente finiquita". A mi juicio, negar aquí la modalidad delictiva el n.º 2 art. 499 bis (en concurso, por supuesto, con el correspondiente delito de falsedad o estafa, si procede) implica una interpretación restrictiva intolerable, tendencia de interpretación restrictiva que ya Sainz Cantero delato en la jurisprudencia sobre el art. 499 bis (62).

Es de alabar, por el contrario, la postura mantenida en la sentencia de 13 de abril de 1976 ante el supuesto en que el empresario obliga al trabajador a la firma de un finiquito en blanco que luego rellena, en el momento oportuno, a efectos de despido. En dicha sentencia no se encontró obstáculo para calificar el hecho de supresión de estabilidad en el empleo de forma maliciosa, admitiendo, además, el concurso con el delito de falsedad. Ver también sentencia de 30 de abril de 1980.

b) *El elemento subjetivo*

El dolo requiere conocimiento y voluntad referidos a la supresión o restricción de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo. La referencia a la "malicia" en el texto legal debe entenderse, al igual que en el número 1, art. 499 bis, como expresa referencia al dolo y no como elemento subjetivo del tipo de injusto. En todo caso, queda excluída la comisión culposa. En este sentido la S. de 28 de junio de 1977.

c) *Concurso*

Normalmente habrá de apreciarse concurso entre el número 2, art. 499 bis y los delitos de falsedad o estafa (63), como expresamente reconoció la interesante S. de 13 de abril de 1976. No lo entiende así la opinión doctrinal mayoritaria que, por el contrario, considera el art. 499 bis Ley especial (64). La S. de 23 de marzo de 1976 ha aplicado el art. 68 en un supuesto de restricción de las condiciones laborales mediante falsedad documental (65). Esta solución es de todo punto inviable. En primer lugar, porque, como venimos manteniendo, no se trata aquí de un concurso de leyes en que ambas normas en conflicto abarcan exhaustivamente la gravedad del hecho, sino de un concurso de delitos a resolver conforme al art. 71 porque sólo aplicando ambas normas es posible apreciar el hecho en toda su gravedad. En segundo lugar, porque aún admitiendo concurso de delitos, éste se resolverá por el principio de especialidad (ley especial deroga a la general) y no por el art. 68 que se refiere exclusivamente a supuestos de alternatividad (66).

C) TRAFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA

Se entiende por tráfico ilegal de mano de obra del número 3, art. 499 bis, toda contratación verificada al margen de las oficinas de empleo, conducta prohibida en el art. 16.2 del Estatuto de los trabajadores y en el art. 40 de la Ley Básica de empleo.

Según Molero parece "consustancial al tráfico la idea de habitualidad, de

---

(62) Vid. SAINZ CANTERO, 1977, 357 y ss.
(63) En este sentido, SAINZ CANTERO, 1977, 364-365.
(64) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 318; QUINTERO OLIVARES, 312-313.
(65) Esta solución es admitida también para casos especiales por QUINTERO OLIVARES, 312-313, pese a que considera el art. 499 bis Ley especial.
(66) Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, 118.

dedicación, de funcionamiento paralelo marginal a las oficinas de colocación legales y obligatorias" (67), añadiendo Rodríguez Devesa que la expresión "tráfico" conlleva la idea de lucro, por lo que ha de resultar atípica la conducta realizada con fines benéficos (68). Debe de considerarse lícita la práctica, al parecer común, de realizar el contrato con el trabajador e inscribir a éste en la oficina de empleo presentando el empresario la correspondiente solicitud *a posteriori,* práctica reconocida por el art. 16 del Estatuto.

Se sorprende la doctrina que la Ley no exiga "perjuicio para el trabajador". Así observa Sainz Cantero que con ello se pone de relieve que el tipo penal "trata de reforzar las disposiciones sobre colocación obrera, que monopolizaba el Estado a través de la Organización Sindical", con lo que se viene a "castigar la infracción de disposiciones administrativas" (69). Por su parte Molero entiende que la indiferencia respecto al perjuicio del trabajador "convierte este tipo en una defensa penal de la legislación sobre colocación obrera" (70). Parece concebirse el supuesto delictivo como una simple desobediencia sin contenido sustancial lesivo. Tal entendimiento debo juzgarlo equivocado porque, al fin y al cabo, lo que se trata de proteger son los intereses de los trabajadores a través de la exigencia de un control administrativo. El servicio de colocación obrera perseguía, entre otros fines circunstancias que no vienen al caso hoy, la supresión de abusos sobre los trabajadores en momentos de escasez de puestos de trabajo. El hecho de que hoy el control administrativo de la contratación no sirva a tales fines, sólo indica el anacronismo de las normas administrativas y penales que lo sancionan, pero de ningún modo permiten entender el número 3, art. 499 bis como infracción formal de simple desobediencia. La ley penal trata de castigar comportamientos lesivos de los intereses de los trabajadores considerados como sector social implicado en la contratación laboral (de ahí que no se exija perjuicio para el trabajador individualmente considerado), y si hoy tales intereses no existen nos encontramos con una norma anacrónica e inoperante, pero no con una norma que trata de proteger la función de las oficinas de empleo.

D) MIGRACIONES FRAUDULENTAS

Según Molero debemos entender por migración laboral a que se refiere el número 3, art. 499 bis "todo movimiento de población entre zonas distintas de uno o más países que tienen por causa o finalidad la colocación o empleo por cuenta ajena" (71). La migración implica, pues, el traslado de una pluralidad de los sujetos.

La ley describe el comportamiento con el verbo "intervenir" ampliando sensiblemente el ámbito de la autoría porque obliga a incluir en tal categoría "junto con las agencias dedicadas a promover migraciones a transportistas e incluso a las empresas receptarias" (72). Pese a que la ley utiliza el plural (intervenir en "migraciones"), no se exige la habitualidad, como cree Molero, bastando una única intervención (73). Al exigir el precepto que las migraciones sean fraudulentas está

(67) MOLERO, 31.
(68) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 319.
(69) SAINZ CANTERO, 369.
(70) MOLERO, 31.
(71) MOLERO, 32.
(72) MOLERO, 32.
(73) MOLERO, 32.

exigiendo la concurrencia de clandestinidad, simulación de contrato, de Empresa, de salario, de vivienda o cualquier engaño que obligue al trabajador a trasladarse (74). La S. de 2 de febrero de 1980 no aprecia el delito porque la emigración colectiva y temporal a Arabia Saudita de forma ilegal (ya sancionado administrativamente) no se hizo "con estratagema, ardid, insidia falácia y maquinación engañosa" y no se incumplieron las condiciones pactadas.

Cuando se trata de migraciones interiores constituye esta conducta una subespecie de la de tráfico ilegal de mano de obra, por lo que son punibles las migraciones realizadas con infracción de las normas sobre empleo obrero: Cuando la Ley de 21 de julio de 1971 que castiga la promoción de la emigración clandestina por cualquier medio de propaganda, ya reclutando gentes, ya facilitando colocación o empleo en país extranjero; la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación; y facilitar ilegítimamente la salida de emigrantes del territorio nacional (art. 54). La colisión de normas ha de solucionarse con la combinación del principio de especialidad (art. 7 Código penal) y el principio de codificación (art. 604 Código penal). A nuestro entender dado que la Ley de reforma de 15 de noviembre de 1971 incluye en el Código penal las conductas de la ley especial, ha de regir por imperativo del art. 604, lo prescrito en el art. 499 bis del Código penal (75). Téngase en cuenta que la incorporación al código se hace además manifestando el legislador un cambio en la graduación de la gravedad de la conducta. Mientras en la ley especial se castigaban con arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 Pts., con la posibilidad de imponer las penas conjuntamente atendiendo a las circunstancias del hecho o del culpable (art. 54), en el Código penal se castigan con las penas conjuntas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pts.

La conducta típica no está delimitada por las modalidades de comisión pudiendo ser autores todos los que "intervengan" en la migración. La consumación se verifica cuando se ha producido el traslado de residencia (76). Rodríguez Devesa sustenta la opinión de que habrá tantos delitos como trabajadores afectados (concurso ideal) (77), pero a mi juicio, y debido al entendimiento mantenido sobre el bien jurídico protegido en el art. 499 bis, el número de trabajadores afectados no impide la unidad de delitos.

E) FRAUDES REALIZADOS EN OCASION DE CRISIS DE EMPRESA

La conducta a que se refiere el párrafo 2, art. 499 bis, consiste en hacer maliciosamente ineficaces los derechos de los trabajadores con ocasión de crisis de empresa. La pena a imponer es la prevista en el art. 519 C.p. relativo al delito de alzamiento de bienes.

---

(74) MOLERO, 33.
(75) En contra, RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 320.
(76) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 320.
(77) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 321.

La doctrina penal ha acusado a este precepto, exageradamente, de innecesario y perturbador. Se ha dicho que es innecesario por entender que el precepto se refiere a supuestos de insolvencia ya previsto en el propio art. 519 (78). A mi juicio, esto no es enteramente exacto. Ciertamente no puede negarse que el trabajador es acreedor de los salarios y demás derechos económicos que se deriven del contrato de trabajo y, en este sentido, es sujeto pasivo del delito de insolvencia en que incurra el empresario (79), pero esto no permite declarar innecesaria la conducta descrita en el art. 499 bis. En primer lugar, habría que preguntarse si necesariamente la autoridad laboral, ha de aprobar el expediente de crisis sólo en caso de insolvencia del empresario, entendida esta insolvencia en el sentido que la del alzamiento de bienes y, por tanto, implica una disposición útil. En segundo lugar, no tiene por qué excluirse necesariamente la posibilidad de que los derechos de los trabajadores a los que se refiere el art. 499 bis abarquen algo más que los simplemente económicos y, en concreto, algo más que el derecho de crédito objeto de protección del art. 519. Y en efecto, Molero ha llamado la atención sobre el hecho de que el art. 499 bis no impide referirse a "toda aquella gama de derechos referentes a levantamiento de la suspensión de la relación jurídico-laboral, con alta en la Empresa, de Seguridad Social, en especial en casos de jubilaciones anticipadas, derechos, en cuanto al orden a llevar en ceses y suspensiones, según el art. 15 del Decreto de 2 de noviembre de 1972", e, incluso, a expectativas de derechos como las variaciones sobre el carácter del trabajador (de fijo en eventual o en prueba) o su antigüedad (80).

Por último, como apunta Arroyo, el 499 bis no exige que los créditos sean persistentes (81).

Hay que pensar que, en principio, la prescripción del art. 499 bis, nace con vocación de ampliar el ámbito de lo punible abarcado por el art. 519. Pensemos, por ejemplo, en el siguiente caso: quien falsea la situación económica hasta el punto de probar una extrema reducción del mercado de los productos fabricados y, por tanto, una próxima y perentoria crisis laboral para la empresa. Si consigue, mediante la declaración de crisis el despido de los trabajadores, deberá incluirse la conducta en el art. 499 bis sin que, por supuesto, sea reconducible tal conducta al delito de alzamiento, mientras no haya ocultado sus bienes a la acción de sus acreedores. Téngase en cuenta que la conducta maliciosa a que se refiere el art. 499 bis no tiene por qué dirigirse necesariamente al trabajador, sino que puede dirigirse, como en el ejemplo propuesto, al órgano administrativo.

También se acusó al precepto de perturbador por temer que el art. 499 bis pueda obligar a entender que la lesión de los derechos de crédito de los trabajadores frente al empresario sólo es punible en caso de crisis de empresa y no con la simple insolvencia (art. 519) o con la quiebra (art. 520) (82). Dicho temor es infundado porque, aún cuando se entendiera, cosa a mi juicio incierta, que el art. 499 bis no incluye más que supuestos de alzamiento de bienes, el sentido de este precepto sería exclusivamente recalcar la tipicidad del supuesto y no limitar el

(78) RODRIGUEZ DEVESA, Parte especial, 321; QUINTERO OLIVARES, 316 y ss.

(79) Así S. de 2 de diciembre de 1968 y MUÑOZ CONDE, Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines, en CPC, 2, 1977, 109.

(80) MOLERO, 36.

(81) ARROYO, los delitos, cit., pág. 372.

(82) MUÑOZ CONDE, Autonomía, cit., pág. 110.

alcance de los arts. 519 y 520 a la s crisis de empresa cuando se lesionan los derechos de los trabajadores.

En conclusión sostiene acertadamente Arroyo, que "El párrafo que nos ocupa del art. 499 bis representa, por lo tanto, una triple ampliación respecto del tipo de alzamiento de bienes. En primer lugar, respecto del presupuesto material, que no requiere que se llegue a la insolvencia; en segundo lugar, respecto de la modalidad comisiva, que no se agota en los actos de desposesión fraudulenta por parte del empresario y, por último, en el ámbito del bien jurídico, que se extiende más allá de los créditos salariales y sus derivados a todos los derechos dimanantes de la relación laboral". (83).

Se precisa la existencia de fraude de modo que si el desempleo es "consecuencia inevitable de la crisis" no hay delito (S. de 22 de junio de 1979). Condena la interesante S. de 15 de octubre de 1982.

3. CUESTIONES COMUNES A LAS DISTINTAS FIGURAS DELICTIVAS

A) AUTORIA. EL PRINCIPIO "SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST"

Los delitos a que se refiere el art. 499 bis son delitos comunes en el sentido de que pueden ser realizados por cualquiera, a excepción de la figura delictiva a que se refiere el número 1 en el que sólo puede ser sujeto activo el empresario. Así se deduce de la expresión utilizada por la Ley: "trabajadores a su servicio". Quien no reúna la condición de empresario no podrá ser autor ni coautor (número 1, art. 14) aunque sí partícipe (números 2 y 3, art. 14 y arts. 16 y 17). No comparte exactamente esta tesis de la S. de 28 de junio de 1977 al advertir que "aunque el delito que define y sanciona el número 2 del art. 499 bis del Código penal, es un delito propio que, en principio, no puede ser cometido por quienes obstentan la condición de empresario, la responsabilidad criminal en concepto de autor puede alcanzar a quienes no tengan la condición de empresario por vía de la participación necesaria del número 3 del art. 14 del propio código, por lo que, aunque los procesados no tienen la cualidad de empresario y sí la de miembros del Jurado de empresa, su incriminación por el expresado delito sería viable por el indicado cauce". A mi juicio, el texto del número 2, art. 499 bis no permite limitar la autoría a quien ostenta la condición en el sujeto activo, quien no es empresario puede incurrir en responsabilidad criminal por la vía de la participación por ejemplo, por la vía del n.º 3, art. 14.

El último párrafo del art. 499 bis establece que cuando los hechos previstos en el precepto fueran realizados por personas jurídicas se aplicará la pena a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que conociéndolos y pudiendo hacerlo no hubieran adoptado medidas para remediarlos. Con esta especial regulación se resuelve, pues, el problema que surge de la vigencia en nuestro Derecho del principio *societas delinquere non potest,* problema que, con carácter general soluciona el art. 15 bis.

La redacción legal presupone que la persona jurídica *realiza* el hecho y que el administrador o encargado lo *comete*. Pues bien, esta duplicidad no implica confusión alguna, sino que es una forma de describir el fenómeno de la representación. La persona jurídica realiza el hecho en la medida en que es ella quien

---

(83) ARROYO, los delitos, cit., pág. 373.

queda obligada por el contrato laboral en que se imponen condiciones ilegales, por la cesión de la mano de obra que restringe condiciones de trabajos, por el contrato que se simula o por el acto jurídico por el que se sustituye o falsea la empresa. Sin embargo, la persona física comete el hecho en la medida en que, en representación de la persona jurídica, formaliza los actos jurídicos referidos.

La concurrencia del art. 15 bis y el párrafo que comentamos, implica una duplicidad de regulación (general y particular) por sí misma insatisfactoria. Creo que debe interpretarse el sentido del último párrafo del 499 bis sólo como especial interés del legislador en la relevancia criminal de la comisión por omisión. La ley se ha preocupado de considerar tanto la comisión activa del delito como la omisiva (no haber adoptado medidas para remediarlo). De este modo, el administrador o encargado responden de los hechos cometidos en nombre y por cuenta del ente social y de aquellos otros que, cometidos por un tercero hayan podido evitar sin adoptar medidas para remediarlo. Por supuesto tal omisión sólo es relevante en la medida en que implique un nexo causal con el hecho típico, de modo que si las medidas que se espera adoptaran no hubieran evitado el hecho, tal omisión carece de relevancia. Arroyo acertadamente sostiene que el adminsitrador o encargado ha de encontrarse en una posición de garante. El hecho mismo de que la ley exija que "pueda remediarlo" pone de relieve que ha de tener igual o superior poder de resolución que quien realizó el hecho, lo que implica deber de evitarlo (84).

Este precepto responde al criterio generalmente utilizado por el tribunal Supremo para atribuir la responsabilidad criminal en los casos en que el delito es realizado por personas jurídicas. Es decir, se exige que la persona física sobre quien recae la responsabilidad criminal cometa el hecho y tenga cargos de responsabilidad en el ente social. Por ello el art. 499 bis exige que la persona física sea administrador o encargado.

Dice Quintero Olivares que "el alcance de esta disposición no puede ser otro que el de establecer una presunción de responsabilidad penal sobre administradores o encargados, cuando el hecho haya sido cometido por una persona jurídica (85). No sabemos a ciencia cierta qué es lo que se presume cuando este autor habla de "responsabilidad penal", pero, en cualquier caso, no parece haber apoyo legal alguno para ningún tipo de presunción. Sainz Cantero expresamente advierte que la responsabilidad penal en que incurre el administrador o encargado que comete el hecho depende, por supuesto, de que tal comisión haya sido culpable (86). En efecto, no hay nada que excluya este caso de la exigencia general de culpabilidad establecida para todos los delitos en el art. 1 y 565 Código penal. La prueba de que la ley exige la culpabilidad la depara, también, la referencia al conocimiento y posibilidades del autor en los supuestos de omisión ("conociéndolos y pudiendo hacerlo").

La comisión del hecho por parte del administrador o encargado ha de ser también maliciosa (números 1 y 2 y párrafo 4, art. 499 bis) o fraudulenta (número

---

(84) ARROYO, los delitos, cit., pág. 361-362.
(85) QUINTERO OLIVARES, 319.
(86) SAINZ CANTERO, 1972, 27.

3, art. 499 bis) (87).

A la hora de determinar quien es administrador o encargado no debe acudirse, como hace Molero, a las reglas que regulan las sociedades civiles o mercantiles (88), sino que, como apunta Sainz Cantero, por "administrador ha de entenderse... no quien lleva este título, sino quien realmente administra" (89). En definitiva, son administradores o encargados quienes tienen "capacidad resolutoria para decidir las condiciones de la contratación, o para modificarlas si el contrato se verificó sin su conocimiento" (90).

B) CONSECUENCIAS JURIDICAS DE DELITOS. PENA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Como ya hemos puesto de relieve es unánime la crítica a la excesiva benignidad de las sanciones de arresto mayor y multa (91). Del mismo modo resulta criticable el desajuste que se deriva de comparar esta pena prevista para la mayor parte de los supuestos del art. 499 bis, y la de prisión menor a aplicar al supuesto de crisis de empresa por remisión al art. 519 C.p.

El art. 499 bis finaliza con una referencia expresa a la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa. En un precepto innecesario porque tiene el mismo alcance que el art. 22 (92). Advierte Rodríguez Devesa, y los hechos le dan la razón, que ha sido un error la inclusión de esta especial prescripción que "se presta a suscitar vanos problemas" (93). En efecto, Quintero Olivares pretende, para evitar el calificativo de innecesaria, que la prescripción final del art. 22, aquellos en que el autor actúe contra las órdenes de la empresa o desbordando los poderes conferidos" (94). La interpretación de Quintero, sobre ser de difícil fundamentación, tampoco tiene a su favor necesidades político-criminales de mayor defensa del trabajador, ya que, muy probablemente al desbordar el dependiente los poderes conferidos no sólo no vincula a su poderdante, sino que tampoco perjudica los derechos de los trabajadores.

(87) QUINTERO OLIVARES, 320, refiriéndose al supuesto de omisión exige que el comportamiento del omitente "vaya acompañado del conocimiento de que el autor (bis) se comporta con malicia, aún cuando tal circunstancia no haya de ser compartida por el administrador o encargado". Es decir, exige la malicia en el "autor" y no en el administrador o encargado a quien sólo exige el conocimiento de la malicia de aquél. Ahora bien, quién es ese autor. Si se refiere a la persona jurídica, como parece, surgen dos dificultades. De un lado, porque no es la persona jurídica quien responde criminalmente. De otro lado, porque la persona jurídica no puede obrar con "malicia" en el sentido del texto penal.

(88) MOLERO, 38-39.

(89) SAINZ CANTERO, 1972, 27.

(90) RODRIGUEZ DEVESA, parte especial, 311.

(91) Cfr. por todos, SAINZ CANTERO, 1977, 360; del mismo, 1972, 20.

(92) Así MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, 154. Sobre el art. 22, vid. supra, capítulo V.

(93) RODRIGUEZ DEVESA. Parte especial, 322.

(94) QUINTERO OLIVARES, 321.

PROTECCION PENAL DE LA PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Miguel Angel CADENAS SOBRERA
Magistrado de Trabajo

El título del tema es significativo de que impone recorrer un camino desde el Derecho Laboral hasta el Derecho Penal, o viceversa, pues en este caso se estima, rige la famosa en otros campos —no jurídicos, por supuesto— propiedad conmutativa. En fin, que parece igual de correcto partir del Derecho Laboral y llegar hasta el Derecho Penal, o partir del "hasta" e ir a la inversa.

En cualquier caso, si bien el dicho recorrido no aparece "a priori" como excesivamente largo o complejo, si se muestra como delicado, vidrioso, y ello por la propia naturaleza de las materias jurídicas a tratar. Alguien dijo que existía una mezcla que siempre producía víctimas: la incompetencia unida a las ganas de trabajar. De modo similar, los tratamientos penales de cuestiones y temas laborales —en especial si no son éstos económicos o dinerarios puros, y máxime si son participativo-sindicales— encierran una mezcla siempre peligrosa y que, también, puede causar "víctimas". Desde luego, al margen de retóricas, lo que resulta evidente, al menos desde un punto de vista personal, es que el tratamiento jurídico, es especial jurídico-penal, de temas laborales encierra siempre un peligro cierto: el peligro de la pérdida de objetividad jurídica, el del tratamiento demagógico que, en el caso presente, puede llevar a la inaplicación de la protección penal de que se trata (nada es delito) o a la aplicación abusiva de la misma (todo es delito).

Dejando a un lado accesoriedades, se impone, primero, delimitar el campo concreto laboral y penal afectado por el tema, y posteriormente, determinar la aplicación de uno al otro. Si tal va a ser la línea sistemática de desarrollo procede sobre ella las siguientes matizaciones:

A) La delimitación del campo penal afectado se consigue por la simple enumeración de los tipos penales que puedan incidir "a priori" y de modo directo sobre la vida "participativa de los trabajadores en la empresa", como describe el propio título.

B) Resulta en mayor medida instrumental comenzar con la concrección del campo penal —de la forma dicha— y abordar, a continuación la del campo laboral aludido;

C) Con ambos campos jurídicos ya delimitados, la cuestión única resultante es determinar en que medida, forma y sentido es aplicable uno al otro; o lo que es lo mismo: qué aspectos de la así concretada vida participativa de los trabajadores en la empresa pueden tener la protección de los tipos penales enumerados en primer lugar, con toda la problemática que ello comporta.

1.º TIPOS PENALES DE INCIDENCIA POSIBLE:

Se estima que, básicamente, son los cinco siguientes:

El art. 499 bis, n.º 1 del Código Penal, porque castiga "in genere" la imposición a los trabajadores de condiciones laborales que perjudiquen sus derechos.

El artículo 166 del Código Penal, porque castiga "in genere" conductas contrarias al ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

El artículo 165 bis, del Código Penal porque castiga "in genere" los actos contrarios a la libertad de expresión y de difusión informativa.

El artículo 172 del Código Penal, porque, igualmente, sanciona de modo general los actos contrarios a la libertad y pluralismo asociativo, y en particular además, contra el del carácter político y sindical.

El artículo 177 bis del Código Penal, por último, porque castiga específicamente actos contrarios a la libertad sindical y derecho de huelga.

Con la enumeración de los tipos penales efectuada no sólo queda concretado el campo penal a manejar —que no, esperemos, a manipular— aquí y ahora, sino también, al menos indirectamente, el ámbito de situaciones laborales afectadas que interesan. Así, es claro que sólo interesan en el caso presente las situaciones de transgresión de derechos laborales que tengan como causante al empresario (entendido éste en sentido genérico y amplio), y por el tipo de relaciones jurídico-laborales afectadas, sólo aquellas que puedan incardinarse en el campo participativo-sindical de los trabajadores.

Por ello, es claro ya que no interesan aquí y ahora:

Ninguna de las relaciones y situaciones, tanto laborales como penales, que contemplen o presupongan como transgresor a los "trabajadores", empleado el término como clase o categoría genérica. Por eso no se aludió, por ejemplo, al art. 496, párrafo 2.º del Código Penal (coacción para la huelga o cierre patronal), o al art. 222-2.º del Código Penal (sedición), o al art. 499 (descubrimiento de secretos) del Código Penal.

Ninguna de las mismas situaciones o relaciones que aún teniendo como protagonista transgresor posible a los empresarios, deriven de o recaigan sobre la estricta prestación de servicios y sus condiciones directamente conexas y sin contenido directo pecuniario. Por eso no se aludió, por ejemplo, al art. 348 bis A del Código Penal (delitos contra la seguridad en el trabajo), o al art. 499 bis íntegro (delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo) y su conexión con el art. 519, ambos del Código Penal, o al art. 303 (falsedades) del Código Penal también.

Ninguna de aquellas que, aún teniendo como transgresor a los empresarios deriven o recaigan sobre los derechos laborales de contenido directo económico y dinerario. Por eso se aludió, por ejemplo, al art. 499 bis del Código Penal (para casos de crisis económicas), al art. 535 (apropiación indebida) y su conexión posible con el art. 69 bis, ambos del mismo Código, o al art. 563 bis B (cheque al descubierto) del Código Penal...

Así las cosas, se estima llegado el momento de volver al estricto campo del Derecho Laboral para efectuar en él similar labor a la realizada en el ámbito penal, pero ahora ya con un doble tipo de guía orientativa:
no sólo la que indica y exige el propio titular del tema, sino la que imponen los propios tipos penales ya enumerados, en cuanto que éstos en su contenido concretizan los derechos que genéricamente protegen penalmente.

2.º AMBITO LABORAL AFECTADO

Con evidencia, este aspecto cumple una doble función dentro del contexto general que tratamos: uno descriptivo-instrumental neto, en cuanto delimitará el espacio jurídico-laboral que interesa; otro valorativo y finalista, en cuanto pondrá de relieve con exactitud cuáles son los valores laborales en juego y, por tanto, la transcendencia de las transgresiones a los mismos, lo cual tiene especial relevancia a los efectos de su posible protección penal pues el Derecho Penal, por su máxima aflictividad, debe ser regido por el principio de intervención mínima, exigiendo en general su aplicación la protección de bienes jurídicos que sean los más fundamentales para la vida social y castigando sólo las conductas más intolerables o alarmantes respecto de tales bienes jurídicos. Ello tiene especial relevancia cuando se manejan —que no manipulan— tipos penales en los que el principio de legalidad está atenuado y permite un amplio arbitrio al Juzgador penal, como se estima sucede con los tipos penales enumerados antes y a manejar aquí, atenuación del principio de legalidad que se produce bien por afectar a derechos muy amplios y con límites difusos (como la libertad y el pluralismo asociativo, libertad sindical...), bien por contener elementos valorativos o descriptivos ambiguos, por relativos (libertad de expresión y difusión informativa...), bien por ser normas incompletas o en blanco (derecho de huelga, libertad sindical...).

A la hora de determinar los derechos laborales de que hablamos (los que giran en torno a la idea de "vida participativa en la empresa"), aparece como indispensable perfilar, a modo de matización introductoria, el status actual del trabajador en la empresa, pues, en gran medida, ello servirá para enfocar correctamente el desarrollo ulterior pretendido.

En tal sentido, es indiscutible, está indiscutido, que los trabajadores, entendidos éstos como deudores voluntarios (?) de su propia actividad a cambio de ser acreedores de una retribución, o, en un sentido más preciso y siguiendo el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, como prestadores de servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito organizativo y directivo del empleador, sea éste persona física o jurídica, no son considerados hoy, ni de iure ni de facto, ni por la empresa ni por ellos mismos, ni dentro del ámbito de aquella ni fuera de la misma, como meros aportadores de fuerza de trabajo a un proceso productivo y ajenos a la organización, gestión y marcha de la empresa por un lado, por otro a las decisiones empresariales en cuanto repercutan sobre los trabajadores colectivamente considerados, e incluso, en ocasiones, individualmente.

Tampoco, en consecuencia, el Derecho Laboral se fundamenta hoy en una mera y relativa tutela del contratante más débil a priori, en un proteccionismo paternalista e interesado que partía realmente de la estimación del trabajador en el ámbito de la empresa como un menor de edad o un cuasi-menor preciso de tutela dirigista. Hoy, el trabajador es titular de un auténtico status jurídico en el que no hay concesiones graciosas o piadosas, sino derechos, en muchos casos previamente conquistados, que responden a criterios de modernidad y necesidad no sólo sociales o sociológicos, sino jurídicos y, en especial y en nuestro Derecho, Constitucionales.

Poner, así, en relación el dicho "status" de los trabajadores con el titular del tema (del tema de "autos") y con la delimitación que imponen los tipos penales a utilizar (ya expresados), conduce directa y únicamente a la cuestión de la participación de la empresa y, en particular, a la participación relativa que supone conocimiento, opinión, crítica... impugnación de las decisiones empresariales. Este último aspecto desemboca en el "control obrero" en la empresa. El tal control

obrero nos conduce a sus manifestaciones y medios de acción, convertidos legalmente en "derechos" de los trabajadores para hacer real aquél.

A) Participación en la empresa:

La empresa capitalista se constituyó sobre el binomio capital-trabajo, utilizándose como instrumento el contrato de trabajo. Tradicionalmente la empresa dirigía su actividad y la actividad del trabajador de modo exclusivo y excluyente, limitándose éste a cumplir el trabajo pactado a cambio de la retribución pactada. Así, la empresa era una agrupación de personas que estaba dividida en dos estratos tajantemente separados: el directivo y el dirigido, ambos con intereses autónomos y en demasiadas ocasiones contrapuestos (por la conexión rentabilidad empresarial-retribución-infraestructura de trabajo), y con un trabajador sólo partícipe en el binomio estricto trabajo-salario.

Esta concepción del status laboral y empresarial desconocía u olvidaba realidades que los años ("lo que la razón no consigue lo alcanza a menudo el tiempo") iban a mostrar como insostenible: por un lado porque estaban en juego actividades humanas y una contraprestación retributiva instrumento de supervivencia permanente, de "un estado" creado por un "acto" contractual inicial..., por otro porque se llegó al convencimiento de que eran separables —sin rotura ni mancha— el derecho de propiedad sobre la empresa y el poder de dirección y de decisión empresarial. Todo ello unido a la evolución natural de la reivindicación de una democratización no sólo política sino también social e industrial, institucionaliza la naturalidad de afirmaciones tales como que la dirección de la actividad económica no es patrimonio —no digamos propiedad— exclusivo de nadie y puede obedecer a la voluntad de todos los interesados; que los trabajadores (por cuenta ajena) son también uno de tales "interesados"; que, en consecuencia, éstos pueden y deben tener cierta participación en la gestión empresarial o en la actividad directiva de ésta, al menos en el sentido de salvaguarda de sus derechos e intereses frente a la empresa, lo que origina de facto un control o limitación en el poder de Dirección y de decisión empresarial.

Así planteada la cuestión de la participación obrera, es claro que ésta podía ir desde una participación extrínseca o de vigilancia de la gestión de la empresa (mero control obrero), hasta una participación "strictu sensu" o intrínseca, en los órganos y decisiones rectoras de la empresa, e incluso en la propiedad y beneficios de aquella. Con independencia de esta última, interesa la primera —por razones obvias— la cual puede alcanzar, según cada momento y legislación, desde una participación mínima (excepcional cuantitativamente y no transcendente cualitativamente), pasando por otra intermedia (intervención general e independiente pero de mero asesoramiento, información, impugnación...), y hasta una máxima (cogestión o codirección en algunos temas...). La intermedia es la típica participación de "control" y en términos generales se puede decir que a tal sistema se acoge el esquema participativo en nuestro ordenamiento jurídico.

El art. 4-G del Estatuto de los Trabajadores, norma esencial laboral en nuestro país, establece como un derecho básico de los trabajadores el de la "participación en la empresa", y el art. 61 del mismo texto, desarrollando aquel art. 4 y "sin perjuicio de otras formas de participación", afirma que los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación "regulados en este título". Así, el sistema de participación que articula el Estatuto de los Trabajadores se fundamenta en la instrumentación de unos sistemas de representación de los trabajadores para la defensa de sus intereses (progreso

económico y social, mantenimiento y mejora de sus condiciones de trabajo y de vida...) materializado en tres órganos de representación: Delegados de Personal (órgano de representación mancomunada del personal en pequeñas empresas), Comités de empresa (órgano de representación colegiada en empresas grandes), y Asambleas de personal (órganos deliberantes de todo el personal que expresa directamente su voluntad mayoritaria). Estos, sin olvidar a los Sindicatos, constituyen los órganos de presión y control en y frente a la empresa y forma básica de participación de los trabajadores en la actividad empresarial y económica.

Interesa sobremanera, asimismo y para dejar sentado el rango de la base origen de la participación obrera, no olvidar que la tal institución y su regulación es el desarrollo de una idea y de un precepto constitucional.

La idea Constitucional no puede ser otra que el acogimiento, en lo posible, de un modelo de democratización industrial: si el art. 1-1 de la Constitución Española prevé un modelo de democracia política; si el art. 9-2 de la Constitución Española prevé un modelo de democracia ciudadana integral, también ésta idea básica ha de inspirar el mundo de las relaciones empresario-laborales en lógica congruencia.

El precepto Constitucional que en concreto alude a la participación en la empresa es el art. 129-2. Este artículo, analizado en solitario, resulta un tanto inconsecuente con la idea Constitucional antedicha tanto por su situación como por su contenido, pues: a) Está recogido en el Título VII, relativo a Economía y Hacienda; ésto es, actividad económica del Estado, con la que no tiene excesiva relación, y no se le acoge en el título 1.º, en que aparte de referirse a derechos y deberes fundamentales tendría el recurso excepcional del Capítulo IV del propio título; y b) Su contenido es ambiguo, apenas existente por limitado a un mandato a los poderes públicos de promover las formas de participación en la empresa, pero ni indica un contenido mínimo, ni, al menos, una afirmación como derecho de los trabajadores, lo que sí ha hecho la legislación ordinaria que desarrolló aquel precepto.

Este mismo artículo examinado en el contexto de otros preceptos constitucionales, en principio parece estar infravalorando o poniendo en total subordinación constitucional el derecho de participación dicho respecto de otros derechos, tales como el de la propiedad privada (art. 33-1) o el de libre empresa y economía de mercado (art. 38), que no aluden a participación alguna de los trabajadores; sin embargo, un cierto "conjunto" Constitucional puede llevar a afirmar que, a pesar de la tibieza de aquel art. 129-2, la Constitución Española ni prevé ni quiere un derecho de participación obrera en la empresa como derecho residual, marginal o de segundo orden. Y ello porque, aparte de la contradicción esencial que supondría con el modelo democrático, político y cívico que articula en los arts. 1 y 9-2, no puede olvidarse que: a) ni la propiedad privada ni el derecho de la libre empresa son derechos absolutos pues el propio art. 33-2 determina que aquella tiene una función social y que ésta (art. 38) ha de ser conforme con las exigencias de "la economía general"; b) son valores Constitucionales generales la libertad, la Justicia y la igualdad, las cuales deben presidir el orden social y económico, y, por consiguiente, las relaciones laborales; c) el trabajador (por cuenta ajena) en su exclusiva condición de tal —dejando a un lado la de ciudadano, que también posee— es objeto de atención y preocupación Constitucional y no sólo en sentido instrumental estricto al reconocer el derecho-deber de trabajar en el art. 35 (aunque curiosamente en el art. 25-2 proscribe las penas de "trabajos forzados"), sino también en sentido esencial al configurar todo un "status" conexo a aquel

derecho-deber: libre elección de oficio, promoción laboral, remuneración suficiente (que implica dos derechos: a que se le pague y a que se le pague "dignamente"), no discriminación (art. 35-1); formación profesional, seguridad e higiene laboral, descansos, jornada limitada, vacaciones... (art. 40-2)... Con ello la Constitución Española no hace otra cosa, se opina, que insertar un mínimo de valores en la relación de trabajo: un mínimo de la Justicia, de la libertad y de la igualdad que proclama en su art. 1.º. En suma, un mínimo de dignidad. Así las cosas, no pasarían de ser letra impresa los tales valores y pretensiones Constitucionales, puro marco de esperanza (que como decía Bacon puede ser un buen desayuno, pero que, ciertamente, constituye una pésima cena), si en aquella —y en consecuencia, fuera de aquélla— no se reconociese un papel activo de los trabajadores, un derecho genérico de participación en la empresa y en la actividad económica. Este derecho básico, así, será la plataforma legal desde la que los trabajadores, con plena legitimidad y ejercitando un derecho independiente y propio, puedan, utilizando los instrumentos y posibilidades legales, reclamar, mantener y controlar aquellos y otros mínimos legales e impulsarlos en lo posible hacia adelante. A la luz de ésto es cuando cobran auténtico sentido otros derechos que también reconoce la Constitución, incluso en el Título 1.º, tales como la Libre Sindicación (art. 28-1), la Huelga (28-2), la Negociación Colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37-1 y 2), e incluso los propios Sindicatos (art. 7) en cuanto contribuyentes "a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios". Estos o son expresión del derecho participativo de los trabajadores en la empresa y en la actividad económica y mejora de su "status" legal, o no son nada digno de reconocimiento y protección legal, al menos en un marco político democrático.

B) Control obrero en la empresa. Derechos y facultades en que se traduce

Teniendo como fin el ya expuesto de consecución y/o conservación y defensa de los intereses colectivos comunes de los trabajadores, el tal control es la materialización del derecho genérico de participación "obrera" en la empresa. El propio Estatuto de los Trabajadores lo articula a través de tres órganos principales, a los que reconoce actuaciones de tal carácter: a través de los Delegados de Personal y Comités de Empresa; a través del ejercicio del derecho de reunión en Asamblea, y a través, por último, de la acción sindical.

A los efectos de la posible protección "ad extra" penal de tal "status" participativo, resulta necesario indicar la naturaleza y facultades legales de cada uno de los tres mecanismos citados.

Delegados de Personal y Comités de Empresa: Conforme a su régimen legal en el Estatuto de los Trabajadores, se pueden hacer las siguientes matizaciones sobre su naturaleza y facultades legales.

Sobre su naturaleza: 1.º) Son órganos de representación del conjunto de los trabajadores de la empresa, aquellos como órganos mancomunados (art. 62-2), y éstos como colegidos (art. 63-1); 2.º) Son órganos estrictamente "obreros", constituidos *entre* trabajadores, *por* trabajadores, y con un presidente que es *un* trabajador (art. 62 y siguientes); 3.º) son órganos de constitución democrática exclusivamente: por elección entre si por todos los trabajadores de la empresa mediante sufragio personal, directo, libre y secreto (art. 67-2), pudiendo presentar candidatos sólo los Sindicatos y los trabajadores (art. 69-2), y existiendo un procedimiento reglado de inexcusable observancia (art. 69 y siguientes), procedimiento en el que la empresa —también "ex lege"— viene obligada a mantener

una doble postura: *de ajeneidad y neutralidad,* pues no puede ser elector ni elegible (art. 69-1 y 2), ni componer el órgano a elegir ni el cuerpo electoral eligente; y *de facilitación material del proceso,* pues ha de facilitar el censo laboral para hacer la lista de electores (art. 74-1), ha de permitir utilizar determinada infraestructura empresarial como tablón de anuncios... y, sobre todo, el acto de votación que habrá de ser en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, debiendo facilitar la empresa "los medios precisos para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral" (art. 75-1); 4.º) el fin legal de tales órganos es la "defensa de sus intereses" (art. 63-1), que son los colectivos de los trabajadores, como es obvio.

Así pues, los tales órganos resultan ser de exclusiva naturaleza, elección, composición y fin "obrera", teniendo especial importancia la elección por ser el único medio de constitución —y existencia por tanto— de tales órganos de representación de los trabajadores. Ello supone, en consecuencia, que impedir o manipular ilegalmente su elección es impedir o manipular la existencia, naturaleza, composición y fin de los mismos, y con ellos, el control y la tutela de los intereses de los trabajadores en la empresa.

Sobre sus facultades: Quizás sea el auténtico exponente de su papel de "control" en la empresa. Muy resumidamente, se pueden sistematizar en las siguientes:

De vigilancia y control: En materia laboral, de Seguridad Social, de Empleo y demás pactos con la empresa, y Seguridad e Higiene (arts. 64-1-8 y 19-3 y 5);

De impugnación de decisiones o situaciones empresariales: Administrativa y Judicial (art. 64-1-8 y 65-1).

De información (correlativa a la obligación de ser notificados por la empresa): de conocer la situación de producción y ventas, balances, modelos de contratos, sanciones que se impongan, estadísticas sobre absentismo, accidentes... (art. 64-1-1, 2, 5, 6, 7); sobre modalidades de salarios (art. 29-4); trabajos de inferior categoría (art. 23-4); registros a trabajadores (art. 18)...

De emisión de opinión e informe: En casos de reclamación de categoría superior (art. 23-2) y en los casos de los actos de empresa (reestructuración de plantilla, reducción de jornada...) del art. 64-1-3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores.

De veto: posibilidad de paralizar la actividad en caso de riesgo de accidente (art. 19-5); en casos de modificación de condiciones de trabajo (art. 41-1); en expedientes de crisis (art. 51-2).

De cogestión: participación en gestión de obras sociales (art. 64-1-9) y colaboración con la dirección (art. 64-1-10).

De negociación y conflicto: fijación de percepción de pagas extras (art. 31); de disfrute vacacional (art. 38-2-B) y negociación de Convenio Colectivo (art. 87-1).

Al lado de estas facultades, el Estatuto de los Trabajadores reconoce a tales cargos sindicales una serie de prerrogativas que no son más que garantías "ex lege": para posibilitar su función materialmente unas: crédito de horas mensuales retribuidas (art. 68-E); disponer de un local y tablón de anuncios en la empresa (art. 81); derecho de reunión en la empresa (art. 66 "in fine" y 81); derecho de libre expresión, publicación y distribución en la empresa (art. 68-D), y comunicación con los trabajadores (art. 81). Otras para garantizar jurídicamente su función: apertura de expediente previo para ser sancionados (art. 68-A); no ser despedidos ni sancionados por sus acciones de representación (art. 68-C); opción en su

favor en cuanto a los efectos de un despido improcedente (art. 56-3); prioridad en cuanto a la permanencia en la empresa en caso de expedientes de crisis (art. 40-5). El desconocimiento de tales derechos, en especial algunos de ellos y máxime si son reiterados, no supondrá tampoco tanto un ataque contra un derecho laboral individual, cuanto contra el derecho representativo.

Derecho de Reunión en Asamblea: Se reconoce genéricamente en los arts. 4-1-F y 77-1 del Estatuto de los Trabajadores, y en concreto se desarrolla en los arts. 77 a 80 del mismo texto. Son, como se había anticipado, órganos deliberantes de todo el personal que adopta decisiones en determinadas materias por mayoría.

Sobre su naturaleza cabe significar: 1.º) que es un "órgano" estrictamente de trabajadores e integrado por todos los componentes de la plantilla; 2.º) se ejercita "en reunión", en locales del centro de trabajo y con obligación del empresario de facilitarlo (salvo excepciones, art. 78); 3.º) está reglado "ex lege" de modo preciso.

Sobre su ámbito de aplicación, aparte de su posible y genérica utilización, en algunos supuestos la ley contempla de modo imprescindible su utilización, como para la revocación de cargos sindicales (art. 67-3); es sustancial en el desarrollo del derecho de huelga y su solución, en materia de Convenios Colectivos y para la vida sindical en la empresa.

Acción sindical: Recordando que los Sindicatos son asociaciones de trabajadores por cuenta ajena sin fin de lucro encaminadas, como dice el art. 7 de la Constitución Española, a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios, hay que partir de que éstos presentan los siguientes caracteres: 1.º) Están constitucionalizados (arts. 7 y 28-1 de la Constitución Española); 2.º se rigen por el principio de Libertad Sindical (art. 7 citado), que abarca tanto una libertad individual (derecho a crear Sindicatos, a afiliarse o no a cualquiera de los existentes, y a participar o no en sus actividades), como otra colectiva (capacidad de obrar colectivamente...); 3.º) son asociaciones puras de trabajadores y en total independencia en cuanto a composición, funcionamiento y fines respecto de las empresas. Incluso se recuerda que el Convenio n.º 98 de la Organización del Trabajo prohíbe a la empresa el control directo o indirecto del Sindicato.

Así configurados los Sindicatos, éstos, para el cumplimiento de sus fines, utilizan todo un instrumental de muy diverso signo, no sólo laborales (en especial huelga y negociación colectiva), sino políticos, económicos y sociales; no sólo en el ámbito de la empresa concreta, sino de la Sociedad en general. Sin embargo, es evidente que un campo esencial de la actividad de los Sindicatos es el de la empresa. Así, los tales Sindicatos poseen dos mecanismos legales directos de presencia, y por tanto de actuación, en la empresa: uno directo, que son los denominados representantes sindicales en la empresa, a cuya posible existencia aluden los arts. 87-1 y 37-3-E del Estatuto de los Trabajadores; otro indirecto y mucho más transcendente, que es a través de los Delegados de Personal y Comités de Empresa, los cuales si bien no son órganos sindicales estrictos y no pertenecen ni representan a los Sindicatos, si se ven enormemente conectados con éstos por regulación legal. Así: los Sindicatos pueden *promover elecciones* a aquellos cargos representativos de empresa (art. 67-1); pueden *presentar candidatos* a estas elecciones (art. 69-2); en las listas deberán de *figurar* las *siglas* del Sindicato (art. 71-2-A); influye sobre la *representatividad* de las Organizaciones Sindicales la composición de aquellos órganos (art. 75-7); los Sindicatos pueden

impugnar o ser parte interesada como demandada en los contenciosos electorales-Sindicales (art. 76-2); los Sindicatos, según su presencia cuantitativa en Delegados de Personal y Comités de Empresa, tengrán *legitimación* para *negociar* en materia de Convenios Colectivos (art. 87)...

Así pues, los Sindicatos y su actuación libre en y ante la empresa, la posible afiliación a un Sindicato concreto de los representantes de los trabajadores y de éstos mismos, la actuación de aquéllos asumida en el seno de éstas... han de ser valoradas y puestas en conexión con el derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la que prestan servicios y, especialmente, a la hora de valorar las posibles transgresiones o ataques a tal derecho.

En fin, antes de analizar —a continuación ya— la protección penal anunciada, se impone efectuar unas conclusiones que pueden servir para enfocar, aparte de con legalismo, con realismo la tal protección.

1.º) Los trabajadores ostentan *en* y *ante* la empresa en la que prestan servicios, y como consecuencia de éstos, un status participativo-sindical que constituye —por la autonomía de su materialización, por la independencia de su funcionamiento y de sus fines, por las funciones y derechos que otorga— un verdadero "contrapoder" legal situado frente al poder de la empresa y ante el que puede funcionar bien convergente, bien divergentemente.

2.º El tal contrapoder se identifica y existe en los derechos mismos que permiten a los trabajadores: ejercer sus facultades y materializar sus posibilidades participativas y sindicales; tomar sus propias decisiones como colectivo y como colectivo afrontar, en su caso, a las de la empresa; y

3.º) Por ello, precisamente por ello, la eliminación o la transgresión de aquellos derechos, de aquellas facultades y posibilidades de los trabajadores y de sus órganos de representación y participación, pueden suponer, en ocasiones, no tanto meros ataques al derecho, facultad o posibilidad individualmente considerados, cuanto transgresiones *a* o eliminación *de* aquel contrapoder legal de los trabajadores y, por tanto, de su participación y control legal en la empresa, que es, —no se olvide— garantía sino única sí máxima, de respeto de su condición y situación como tales trabajadores.

3.º. **PROTECCION PENAL**

Parece claro, tras lo expuesto, que la estructura del status participativo que ostentan los trabajadores en la empresa está integrada por derechos reconocidos así expresamente por normas laborales, y que algunos de ellos como el de elección, el pluralismo asociativo-sindical o el de libertad sindical funcionan como base jurídica de aquella estructura, mientras que otros derechos, tales como el de reunión, libertad de expresión y difusión informativa, huelga... aparecen como instrumental jurídico de su ejercicio. En conjunto, todo ello constituye un marco de "condiciones laborales", como es obvio.

En el último proyecto de Código Penal parece se había llegado a esbozar una sección especial relativa a delitos "cometidos con ocasión de las relaciones laborales". El caso es que, con independencia de proyectos "non natos", en nuestro Código Penal no hay ninguna sección especial de aquél carácter y solamente se recogen, de forma dispersa, contados tipos de específica garantía criminal en cuanto a derechos laborales con tal designación concreta, fijándose especialmente en los derechos relativos al "trabajo" estricto y a sus condiciones directamente conexas al mismo. Así los relativos a la seguridad en el trabajo (art. 348 bis A) y a la libertad y seguridad en el trabajo (art. 499 bis).

Al margen de estos, otros aspectos de la relación de trabajo, en especial el participativo-sindical en la empresa que aquí interesa, a primera vista aparecen un tanto abandonados de una protección específica penal, al menos nominal y concretamente.

Sin embargo, en el Código Penal si aparecen tipos penales que pueden abarcar aquel aspecto laboral:

Por un lado el n.º 1 del art. 499 bis alude genéricamente a imposición a los trabajadores de "condiciones laborales... que perjudiquen derechos que tengan reconocidos...", y ya hemos dicho que la participación de los trabajadores en la empresa se resuelve en derechos que se integran en la relación de trabajo como condiciones laborales.

Por otro lado, en la Sección 1.ª del Capítulo 2.º, Título 2.º (artículos 165 a 177 bis), existen tipos penales que directamente implican una naturaleza laboral o tienen una incidencia neta de tal tipo, como son los artículos 172 (libertad y pluralismo asociativo sindical) y 177 bis (libertad sindical y derecho de huelga). Junto a ellos, en la misma Sección, también aparecen protegidos penalmente derechos genéricos de los ciudadanos que las leyes laborales reconocen concretamente a los trabajadores como a ejercitar en la empresa, como son la libertad de reunión (art. 166) y la libertad de expresión y de difusión informativa (art. 165 bis), en los cuales, en todo caso y a falta de otro tipo penal más específico, los tales derechos siempre tendrían aquella protección penal —salvo discriminaciones impensables—, pues el hecho de tratarse de derechos reconocidos por normas laborales y a ejercer dentro de la empresa en nada obsta a que constituyan "derechos" de las personas reconocidas por las leyes" y que de sufrir sus titulares, con ocasión de su ejercicio legítimo, transgresiones que puedan subsumirse en el ámbito de tipificación de aquellos artículos, estas constituirán delito salvo la posible aplicación de otro precepto penal más específico.

En consecuencia, se estima producido así el encuentro —jurídico, por supuesto— anunciado al principio de derechos laborales integrados en o integrantes del genérico de participación de los trabajadores, con determinados tipos penales que castigan conductas contra derechos entre los cuales también están aquellos de los trabajadores, que pasan así a gozar de una garantía penal.

Sin excesivas pretensiones, doctrinales o de cualquier otro tipo, se impone, para terminar ya, efectuar unas matizaciones sobre los tipos penales citados en orden a resaltar su incidencia laboral.

Respecto al *n.º 1 del artículo 499 bis* del Código Penal: tal norma es de genérico contenido pues castiga actos dolosos de imposición a los trabajadores por el empresario ("a su servicio") de "condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o Convenios Colectivos Sindicales".

Y en principio parece aludir exclusivamente a condiciones de "trabajo" material estricto. Sin embargo, se estima, caben en su contenido derechos de los trabajadores integrantes de su status participativo ya aludidos pues: A) Su esencia deriva del art. 35-1 de la Constitución Española, cuyo contenido ya se comentó; B) el artículo se integra en delitos no sólo contra la seguridad sino también contra la libertad en el trabajo, de cuya naturaleza y fin goza el derecho de participación y los conceptos que lo integran; C) el bien jurídico protegido en tal n.º 1 —a diferencia de los otros números— es la libertad; D) la participación en la empresa y todos los derechos y facultades en que plasma —el "contrapoder" legal de que se habló— son eso mismo: derechos reconocidos por leyes laborales, bastando

recordar al respecto sino lo ha dicho, sí al menos el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores. Todos ellos en conjunto integran un marco de "condiciones laborales" de los trabajadores como también quedó matizado en su momento; E) Reafirma lo dicho el hecho de tratarse de una norma penal en blanco que se remite a la normativa laboral en bloque; F) Es un delito especial por la delimitación de los sujetos activos (empresario, ya individual, ya societario, en cuyo caso habría de valorarse ello y tener en cuenta el inciso final del propio artículo, así como el "in fine" también del art. 238 del propio Código), y pasivos (sólo trabajadores por cuenta ajena), que encaja en la aplicación pretendida, al igual que la propia acción del tipo que supone ("imponer") "obligar a", muy en armonía con el tipo de tensión que puede originar el ejercicio de los derechos de participación y la situación en que puede ser colocado un trabajador por la empresa (cambio de trabajo, de condiciones, amenaza de despido...) para no ejercitar o ejercitar menos o de determinada forma aquellos derechos.

En definitiva, se estima que en tal artículo la generalidad de los derechos laborales integrantes del derecho de participación genérico de que es titular un trabajador ante y en la empresa, de darse los presupuestos de acción, culpabilidad... y demás que prevé, estarán protegidos ante su transgresión grave y plural y podría originar su aplicación legal, máxime ante la transcendencia de los derechos laborales en juego ya muy reiterados en su importancia.

Respecto a los artículos 172 y 177 bis del Código Penal, tienen entre sí un evidente parentesco pues si el primero castiga actos que impidan u obstaculicen el ejercicio de la libertad de asociación o que perturben "gravemente" las actividades estatutarias de cualquier asociación lícita, con un tipo agravado cuando el afectado sea el pluralismo político o sindical, el art. 177 bis castiga los actos que impidan o limiten el ejercicio legítimo de la "libertad sindical o del derecho de huelga". En ambos tipos penales hallamos, aparte de una base constitucional cierta (el 172 en el art. 22 de la Constitución Española y el 177 bis de los arts. 7 y 28 del propio texto constitucional), una clara aplicación en la empresa y de modo específico en derechos básicos participativos de los trabajadores dada la naturaleza de la actividad sindical en la empresa y la extensión que tiene "ex lege" en ésta, como también se había comentado.

Sobre tales artículos, a priori y en relación con la cuestión que aquí interesa, se pueden efectuar las dos siguientes matizaciones:

A) Toda transgresión empresarial contra el derecho de huelga que pueda estimarse como punible ha de ser llevada al ámbito del art. 177 bis, por puro principio de especialidad y ello aunque considerado aisladamente el acto transgresivo pudiera encuadrase en otro tipo penal; así, todo el proceso de huelga tiene la garantía criminal de tal artículo y a él debe ser llevado cualquier actuar ilícito contra el mismo, incluso los actos colaterales de la empresa destinados a impedir o limitar aquel derecho;

B) En cuanto al restante contenido del art. 177 bis y el del propio art. 172, aparece una cierta confusión de aplicación entre ellos y para posibilitar su cierta diferenciación se ha de acudir al bien jurídico protegido en cada uno, siendo el del art. 172 la libertad de asociación y el pluralismo sindical, y el del artículo 177 bis la libertad sindical.

En cuanto al *art. 177 bis* del Código Penal, no plantea mayores cuestiones la punibilidad de los actos (dolosos en todo caso) que impidan o limiten el ejercicio del derecho de huelga, siendo una norma penal en blanco habiendo de acudirse a la normativa laboral sobre la huelga recordando que éste es un derecho trans-

cendente de los trabajadores dentro de la empresa como ya se dijo y que su titular es el trabajador "uti singuli" aunque su ejercicio sea colectivo. Por tanto, se protege penalmente un derecho del trabajador. Respecto a la libertad sindical, es sin duda en este artículo donde encuentra mayor relevancia protectora la vida sindical en la empresa pues abarca desde las transgresiones posibles empresariales, guiadas por aquel fin, contra los representantes sindicales en la empresa, pasando por las habidas dentro del proceso electoral y cumplinando con las prácticas antisindicales contra los trabajadores, precisamente en razón de su pertenencia o actividad respecto a un Sindicato. Basta recordar al efecto lo dicho anteriormente, al hablar de la acción de control en la empresa, sobre los Delegados de Personal y Comités de Empresa, su procedimiento electoral y la actuación legal de los Sindicatos en la empresa para valorar la aplicación posible del precepto penal. Así, a la hora de exigir una posible responsabilidad penal a una empresa, habrá de acudirse a tal artículo cuando las transgresiones denunciadas recaigan: a) Sobre el procedimiento electoral de cargos representativos si existe una finalidad antisindical, pues es a través de tales elecciones como, legalmente, un Sindicato puede tener presencia en la empresa; b) Sobre actos ilíticos de cualquier tipo (discriminatorios, persecutorios, de amenaza...) contra trabajadores concretos por su afiliación, o actividad a un Sindicato, que puede abarcar desde medidas ilícitas retributivas o de promoción laboral, hasta las sancionativas (sanciones, despidos, traslados...), sean cargos representativos, candidatos a ellos o meros trabajadores afiliados sindicalmente; en fin, toda práctica antisindical contra los trabajadores, recordando que el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (Boletín Oficial del Estado de 11 de mayo de 1977) prevé un catálogo orientativo al efecto. La transcendencia de tal protección es obvia y en gran medida se protege con ella el status participativo de los trabajadores dado que la libertad y actividad sindical aparece en el núcleo más esencial participativo en la empresa: elección, cargos representativos, y toda su actuación legal.

En cuanto *al art. 172* del Código Penal, al castigar actos contrarios a la libertad y pluralismo asociativo sindical, queda como de residual aplicación en el ámbito de la empresa y únicamente podrían acudirse a él, y no al art. 177 bis, cuando aquellos actos discriminatorios o lesivos contra los trabajadores se produjeran además de en el seno de la empresa, con un fin concreto monopolístico sindical, de eliminación de la presencia en la empresa de un Sindicato en favor de otro.

Por último, en cuanto a los *arts. 165 bis y 166 del Código Penal,* se limitan a castigar actos que impidan u obstaculicen el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y de difusión informativa (art. 165 bis) y similares actos contra la libertad de reunión (art. 166).

Ambos artículos protegen de forma genérica los derechos de libertad de expresión y de difusión informativa (Constitucionalizado en el art. 20-1 de la Constitución Española) y de libertad de reunión (también Constitucionalizado, art. 21-1), siendo éstos el objeto formal de los tipos, y por tanto, aunque no presentan ningún matiz específico laboral, es claro que allí donde se quiera ejercer o se esté ejerciendo legítimamente alguno de tales derechos, habrá la protección penal indicada cuando ocurran las transgresiones tipificadas exigibles contra aquellos...

Si ello es así, se recuerda: A) Que los representantes de los trabajadores tienen dentro de la empresa, expresamente reconocido por una ley (art. 68-D y 64-1-11 del Estatuto de los Trabajadores), derecho de libertad de expresión de opi-

nión sobre materias de su competencia, de publicación y distribución, y de información; y B) que el derecho de reunión, asimismo, lo tienen reconocido los trabajadores como de ejercicio legítimo dentro de la empresa (art. 4-1-F del Estatuto de los Trabajadores) siendo esencial para la funcionalidad de sus órganos de representación: La Asamblea de trabajadores (art. 77 a 80 del Estatuto de los Trabajadores), y también para los cargos sindicales (art. 81).

La consecuencia única sólo puede ser que el ejercicio de tales derechos laborales caen dentro del ámbito de protección de aquellos artículos pudiendo dudarse de su aplicación si cupiese aplicar a los actos ilícitos un tipo penal de signo laboral específico (como el art. 499 bis, n.º 1 o el 177 bis). Desde luego es claro que es perfectamente factible ataques directos y exclusivos (sin otro matiz añadido, contra-sindical o de otro tipo) a los derechos de libertad de expresión, distribución, reunión... antedichos en los que debe primar la protección del derecho específico porque además los trabajadores son titulares concretos de los mencionados derechos dentro de la empresa, pudiendo funcionar en estos casos la transcendencia de la utilización de aquel derecho por los trabajadores como razón añadida para apreciar la necesidad de una protección penal por importancia del derecho y del bien jurídico lesionado o desconocido por la empresa. A mayor abundamiento, las propias normas laborales se cuidan de determinar las condiciones en que es factible ejercitar aquellos derechos en el seno de la empresa, fuera de los cuales no puede lícitamente desconocerlos.

Por esta vía concreta podrían tener encuadramiento legal actos de prohibición o imposibilitación empresarial de su ejercicio, directa o indirectamente, de monopolio informativo, de perturbación de reunión... propiciados por medios violentos, encubiertos o de otro tipo.

En definitiva, se puede afirmar que la vida participativa y sindical de los trabajadores en la empresa tiene,, en nuestro Código Penal, una protección penal real: en algunos casos de modo concreto, como en los supuestos del derecho de Huelga (art. 177 bis) o en aquellos en que exista una motivación antisindical específica (art. 177 bis y 172); en otros por la vía genérica de violación plural de derechos laborales que transtoquen las condiciones laborales de los trabajadores (art. 499 bis-1.º); en todo caso, determinados derechos de los trabajadores tendrían la misma protección penal que la ostentada por cualquier ciudadano cuando ejerciten aquellos (arts. 165 bis y 166).

En el transfondo de todos ellos subyace algo más y algo distinto que puros derechos particulares o meros intereses individuales. Subyace toda una parcela de derechos cuyo cumplimiento o incumplimiento va a condicionar en gran medida la vida íntegra de una clase de ciudadanos tan numerosa como digna.

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

LA CESION ILICITA DE MANO DE OBRA

Fernando ILARRI JUNQUERA

Bajo el título genérico de "cesión ilícita de mano de obra" vamos a incluir una serie de supuestos encuadrables en los siguientes apartados:

I.—La existencia de redes clandestinas de colocación, a través de agencias privadas con ánimo de lucro.

II.—Prestamismo laboral a través de cesiones de mano de obra, al amparo de simulaciones contractuales o ficción de empresas.

El primer apartado nos lleva a estudiar la colocación como proceso previa a la ejecución del contrato de trabajo, y el segundo a plantear el tema del tráfico y cesión de mano de obra, debiendo indicarse ya que ambos supuestos aparecerán entremezclados en muchas ocasiones.

I.—INTERMEDIARIOS EN EL MERCADO DE TRABAJO

La puesta en contacto entre quienes ofrecen empleo (empresarios) y quienes lo buscan (trabajadores) a partir de la era industrial se hace a través de intermediarios —agencias— que aglutinan a los trabajadores parados y se comprometen a su colocación percibiendo por ello un precio, beneficio que obtendrán también del empresario que en su momento les de ocupación. Esta situación hace necesario que el Estado afronte el problema mediante la creación de instituciones públicas que pusiesen en contacto a trabajadores y empresarios para acabar con el comercio de mano de obra.

En España, la intervención del Estado en esta cuestión, la inicia por vía del Real Decreto-Ley de 26.11.1926. Ya en 1931 (Ley de 27 de noviembre) se establecen las Oficinas de Colocación propiamente dichas.

En la actualidad, y con el antecedente inmediato de la Ley de Relaciones Laborales (Ley 16/76 de 8 de abril) la colocación como proceso previo a la constitución de la relación laboral está regulada en el Estatuto de los Trabajadores (art.° 16), y en la Ley Básica de Empleo (Ley 51/80). Dentro de este mismo apartado hay que recordar los Convenios de la O.I.T., números 88 (San Francisco 1948) y 96 (Ginebra 1949), que entraron en vigor en España, respectivamente, en mayo de 1961 y mayo de 1972.

Tales Convenios se refieren a la Organización del Servicio de Empleo, y a las agencias retribuídas de colocación; en ellos se establece la obligación de los Estados de garantizar el mantenimiento de un "servicio público y gratuito del empleo" consistente en un sistema nacional de Oficinas de Empleo, sujeto al control de una "autoridad nacional", debiendo comprender una red de oficinas locales; en la organización y funcionamiento del servicio de empleo, habrán de

participar empleadores y trabajadores.

El contenido de las normas sobre colocación en nuestro ordenamiento jurídico (Estatuto de los Trabajadores, artículo 16 y Ley Básica de Empleo, artículos 38 y ss.) podemos concretarlo en los siguientes puntos:

— La colocación de los trabajadores se organiza, por medio del INEM, como un servicio nacional, público y gratuito, con la finalidad de ajustar las ofertas y las demandas de la mano de obra.

Prohibición de la existencia de agencias privadas de colocación, *de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la contratación laboral de todo tipo.*

Es decir, se reserva al Estado la facultad de reclutar y aglutinar la mano de obra para ponerla en contacto con los empleadores, siendo ilícita la actividad de entidades privadas que presten el mismo servicio.

Las formas posibles de presentación de agencias privadas son múltiples. Desde luego parece impensable hoy, la existencia de una agencia privada de colocación actuando públicamente como tal y ello por razones evidentes y además dada la alta tasa de desempleo la haría poco rentable desde el punto de vista económico al no poder dar cumplimiento al servicio ofrecido. Más probable es la existencia de oficinas que inciden en la colocación de empleados al servicio del hogar y que hay que entender igualmente prohibidas, ya que lo están todas las que "tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo". Y en el artículo 2.° del Estatuto de los Trabajadores (apartado b) se incluye dentro de la figura del contrato de trabajo los trabajos al servicio del hogar familiar, pero también tienen este carácter el trabajo de los deportistas profesionales y el de los artistas en espectáculos públicos lo que, dada la amplitud de la prohibición pone en entredicho la licitud de figuras tan habituales como la de los intermediarios futbolísticos y la de determinadas agencias de contratación de artistas. Ahora bien, para determinar en cada supuesto si el reclutamiento de trabajadores y su empleo posterior con carácter temporal o definitivo en una empresa, incurre o no en la prohibición legal, deviniendo entonces en actividad ilícita, hay que atender a la observación de si vulnera o no el bien jurídico protegido y la finalidad perseguida. Pues bien, como principio general, lo que se quiere proteger es la dignidad del trabajador evitando su tráfico como si de una mercancía se tratase, y por otra parte se quiere reservar al Estado la organización y uso de los servicios de mediación en el mercado de trabajo como instrumento necesario dentro de la política económica para dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar el Derecho al Trabajo.

En definitiva, y dada la literalidad de la prohibición ("Se prohibe la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la contratación laboral de todo tipo"), nos encontraremos ante un tráfico ilegal de mano de obra siempre que se recluten trabajadores, no con la finalidad de emplearlos en el ejercicio de la actividad de quien los recluta, sino para proporcionarles empleo en empresas ajenas y diferenciadas y ello aunque se realice de forma gratuita.

Por otra parte el desarrollo de una situación económica como la que padecemos con un nivel tan elevado de desempleo, ha hecho proliferar el clandestinaje en el empleo y la denominada "economía sumergida", lo que conduce a enfrentarnos con bolsas de trabajo y modalidades de ocupación que además del incumplimiento de las obligaciones y elementales derivadas de la relación laboral (salario, jornada, seguridad e higiene, seguridad social...), en ocasiones pueden

constituir auténticas agencias de colocación, pues lo que se hace es reclutar mano de obra que trabaje para empresas distintas del intermediario cuya única actividad es poner en contacto la bolsa de trabajo con el empresario.

II.—CESION DE MANO DE OBRA

Muy próxima a estos supuestos está la actividad empresarial, consistente en la oferta y cesión (temporal generalmente) de los servicios de trabajadores, cobrando por ello un precio de forma que se genera un beneficio por la función de intermediario, proporcionado, bien por el empresario principal o, por el propio trabajador cedido.

Nos encontramos ante la figura de la cesión de trabajadores, regulado como tal por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en su aspecto laboral y tipificado como figura delictiva en el artículo 499 bis del Código Penal.

Como ocurría con la existencia de agencias privadas de colocación, la cesión de mano de obra está prohibida, y a tal efecto, se dispone expresamente la prohibición del "reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra".

Se trata de empresas ficticias, cuya actividad es solamente la aportación de mano de obra. Las cuestiones se polarizan alrededor de si en cada supuesto nos vamos a encontrar con un mero tráfico de mano de obra o, por el contrario, ante una auténtica empresa auxiliar en relación con otra principal donde los trabajadores de la primera desarrollan sus trabajos, es decir habrá que examinar el juego de relaciones entre empresas principales y auxiliares, contratas y subcontratas. Como punto de partida destacamos ahora que la prohibición afecta a la interposición o mediación, entre el empresario y trabajadores reales, de un empresario ficticio.

La prohibición es doble, pues, al lado de la descrita está la del empresario, que recibe a los trabajadores, de emplearlos sin incorporarlos a su plantilla.

Las consecuencias de este tráfico ilícito, prohibido afecta por un lado a las responsabilidades de carácter punitivo, es decir, la penal, (art.° 499, bis), y la administrativa (sanciones con arreglo al artículo 57 del propio Estatuto), y por otro al contenido de las obligaciones de la relación jurídica y de seguridad social. Y así, se reconoce a los trabajadores afectados el derecho "a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria" siempre que hubiera transcurrido un periodo de tiempo igual o superior al periodo de prueba.

Al lado de ello, cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social.

Como indicamos antes, la cuestión se centra en la necesidad de distinguir el tráfico ilícito de mano de obra de las figuras, lícitas, en que incurren aquellas empresas que ejecutan una obra o prestan un servicio para una empresa principal (empresas auxiliares, contratas y subcontratas). Las circunstancias que puedan darnos la solución en uno u otro sentido son muy complejas y trataremos de concretarlas en las siguientes notas:

1.—*Inexistencia de organización empresarial.*

Ocurrirá normalmente que la empresa cedente de mano de obra va a carecer de la más elemental organización que le permita alcanzar el objeto propio de su actividad aparente. Es decir, carecerá de un centro de trabajo propio desarrollando su actividad en el de las empresas a las que aporta la mano de obra, de

igual manera, no tendrá una línea de mando propia, sino que los trabajadores cedidos, desarrollan su esfuerzo bajo la vigilancia, dirección y órdenes de la empresa principal, receptora del prestamismo laboral.

Esta ausencia de organización empresarial implica también que la actividad del trabajador se concreta en la mera aportación de su esfuerzo, siendo la tecnología, la maquinaria y los materiales propiedad del empresario principal, que no percibe por tal uso contraprestación alguna.

2.—*Ausencia del precio global.*

La contraprestación económica que recibe el cedente no consiste en el pago de un precio por la ejecusión de una obra o prestación de un servicio sino que el pago es por trabajador.

3.—*Finalidad de prestamismo en la contratación.*

La empresa cedente contrata a los trabajadores para que trabajen en otra empresa; al carecer de organización empresarial que le permita competir en el mercado, al no tener ni maquinaria ni herramientas, la actividad del cedente se reconduce, cualquiera que sea su apariencia, a contratar personal para que trabaje en otra empresa que se constituye en auténtico empresario de los trabajadores cedidos, pues es quien les da ocupación, le proporciona los materiales, le fija un horario de trabajo, le exige un rendimiento y una calidad, en definitiva, el titular de una organización empresarial, en la que pasan a estar inmersos los trabajadores cedidos.

No es probable que estas notas se den conjuntamente, y con absoluta nitidez, por el contrario, aparecerán encubiertas tras figuras contractuales diversas, con justificación para el uso de maquinaria e instalaciones ajenas, por ello no debe olvidarse que la nota auténticamente definidora, lo que realmente se prohibe es el tráfico en sí, independientemente de la forma que se le de "cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico", dice el artículo 43.

MODERNIDAD DEL ARTICULO 499 bis DEL CODIGO PENAL

Prof. Dr. Manuel M.ª ZORILLA RUIZ
Magistrado del Tribunal Central de Trabajo
Catedrático de la Facultad de Derecho de Deusto

1.—Afrontar el examen del art. 499 *bis* C.p. supone, de una parte, el ejercicio de una atractiva *diversión;* no en el sentido de una frivolidad y sí en el de sustraerse momentáneamente a los hábitos con que la atención y el esfuerzo se dedican a una disciplina cuyo parentesco con la materia abordada en aquel precepto explica esta fugaz reincursión en el Derecho Penal. La oportunidad de hacerlo representa, además, el reencuentro con dos vivencias de identidad a las que, de no concurrir esta circunstancia, hubiese sido imposible situar en otro plano de la actividad y de la existencia que el de sendas evocaciones, con su no pequeña dosis de insatisfacción. Atañe la primera de ellas a la fuerte impresión de desaliento con que los operadores del Derecho Penal, tan conscientes como ávidos de su aplicación a las hipótesis en que así se requiere, se ven sorprendidos —sobre todo cuando hacen sus primeras armas— por la tendencia que se generaliza a *civilizar* las transgresiones de apariencia penal en que la sagacidad del agente o su potencial de dolo testimonian una peligrosidad social ante la que la indiferencia o la subvaloración no constituyen la más aconsejable de las actitudes. Parece así asentirse a la novedosa proposición de que solamente a la tosca acción delictiva de los torpes alcanza esa *última ratio* en que teóricamente consiste la eficacia represiva de las normas penales. El otro de dichos recuerdos se refiere a la constancia —dotada de un abrumador aval estadístico— del éxito escaso que ha tenido y sigue teniendo la persecución penal de las conductas comprendidas en el art. 499 *bis* C.p.

La razón de estas consideraciones está en señalar algunos de los contenidos normativos del art. 499 *bis* C.p. a partir de su característica de *precepto con múltiples espacios en blanco.* Cualesquiera otras pretensiones son ajenas al estudio presente. Interesa reducir la laxitud de sus varios tipos penales, máxime tratándose de un texto preconstitucional, aunque no de impracticable adecuación al marco de tutela punitiva en un sistema de libertades públicas, en el que incluso la lectura del art. 25.2 CE presentaría un alcance al respecto muy enfático.

2.—Se suscita, ante todo, el problema de fijar lo que ha de entenderse por *maquinación* en el art. 499 *bis* I n.º 1.º C.p. Si, como se infiere de la colocación del adjetivo *maliciosos,* éste se predica indistintamente de dos sustantivos —*maquinaciones* y procedimientos— que le preceden, fácilmente se concluye la existencia de un dolo específico designado con giro semejante al que, cuando menciona las maquinaciones insidiosas de una de las partes, ofrece del dolo *in*

contrahendo el art. 1.269 C.c. Toda maquinación es presumiblemene maliciosa y no desinteresada o ingenua, si el efecto que de ella se sigue consiste en la lesión de intereses o bienes jurídicos. Implicaría una *contradictio in adjectio* la tesis de que una consecuencia de este signo pudiera deberse a una actividad noble o simplemente neutral del empleador.

Lo característico de esta figura delictiva es que —a diferencia de la del art. 499 *bis* I n.º 2.º C.p., que preferentemente atiende a perjuicios irrogados por vía de la conclusión de contratos que miran a desnaturalizar los contenidos mínimos de la relación individual de trabajo— el bien jurídico lesionado consiste en los derechos derivados de un contrato ya perfeccionado, pues entre el sujeto activo y el perjudicado por su proceder se supone existente una relación de prestación de servicios a cambio de un salario. Las maquinaciones y los procedimientos maliciosos parecen entonces ensayados para novar, a través de una conducta penalmente signiticativa, unas condiciones de trabajo cuya carga trata de aligerar el empleador en beneficio propio. El dato de que las nuevas condiciones laborales *se impongan* quiere decir que no se originan en el consenso novatorio que, a título modificativo, admiten los arts. 1.203 n.º 1.º y 1.204 C.c., sino que —aún en el caso de fijarse por vía de aparente libertad contractual— media una actitud coactiva que lleva a pasar por ellas. *Imponer* es, a la luz del art. 499 bis I n.º 1.º C.p., algo más omnicomprensivo y difuso que producir un vicio del consentimiento residente en la violencia o intimidación que definen los arts. 1.265 y 1.267 C.c. Habrá *imposición,* dotada entonces de alcance penal, cuantas veces se suprima la dosis de libertad jurídica y sicológica que materialmente fuese indispensable para que el eventualmente perjudicado reaccione en defensa de los derechos que van a serle arrebatados o disminuidos. Cualquier somero sabedor de la *vida interior* de las relaciones industriales no ignora como el *correlatum* entre el hecho de *imponer* —forzando, por múltiples caminos y métodos, la voluntad hostil a la imposición que amenaza— y la *malicia,* que no sólo trasluce malevolencia sino inclusive sutileza o *savoir faire,* revela la infinidad de intensidades con que puede obtenerse el resultado eficaz y querido de la novación ilegítima.

La imposición de esas indebidas condiciones de trabajo puede tener su origen en determinaciones de mero hecho que no modifican aquéllas con la instrumentación del contrato novatorio, sino a través del criticado abuso de los poderes de organización. Sabido es que —en tanto se avanza hacia los objetivos marcados por el art. 129.2 CE— las prerrogativas de organización permiten reducir o eliminar los riesgos industriales que lleva consigo el ejercicio del derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE). El trueque con que, a causa del *consenso* entre los partidos gobernante y de la oposición, se redactaron los títs. I y III ET (rotulados respectivamente *De la relación individual de trabajo* y *De la negociación y de los convenios colectivos)* dio lugar a un robustecimiento de los poderes directivos de los empleadores, quizás explicable por las críticas circunstancias de la economía, pero no exento de los peligros que, como endémicos, venían subyarándose. Sólo el abuso de las facultades fijadas en los arts. 20.2 y 39 ET, sobre sometimiento a la dirección en general y movilidad funcional en particular, bastaría para generar una gama muy variada de *imposiciones* en que la manipulación malisiosa del elástico poder directivo se materializaría para conseguir el demérito de los indicados derechos.

El art. 499 *bis* I n.º 1.º C.p. diseña un fenómeno de supresión del ejercicio de la libertad defensiva de un *status* profesional —que sucumbe al impacto de la

imposición— mediante iniciativas empresariales caracterizadas por el debilitamiento, al contrario de la agresión frontalmente montaraz, de la voluntad del perjudicado o por el sometimiento de la misma a una disciplina de aparente juricidad. No es fácil enunciar exhaustivamente, si no quiere correrse el riesgo de un inventario sumamente imperfecto e incompleto, todas las conductas que, asumiendo la calificación de maquinación o procedimiento malicioso, desencadenen los efectos reprobados por el legislador penal. Sí que pueden hacerse dos *afirmaciones-límite.* Una de ellas, para advertir como comportamientos de conocida transcendencia civil pasan a ser incriminados sin exigencia de requisito adicional alguno. Habiendo dolo, que siempre induce al error sustancial de quien así experimenta la eficacia de ambos vicios del consentimiento (arts. 1.266 I y 1.269 C.c.), se consigue modificar la relación de trabajo y degradar sus anteriores condiciones a otras que, de no mediar aquéllos, no se hubiesen aceptado por el trabajador-a quien así *se imponen.* Cuando los derechos integrantes del poder directivo se actúen en alguna de las formas que el art. 7.2 C.c. requiere para apreciar la existencia de abuso del derecho, el daño seguido de la degradación de las condiciones de trabajo, es, a la vez, ingrediente del obrar abusivo y elemento del tipo del delito del art. 499 *bis* I n.° 1.° C.p. La otra consideración se basa en que *imponer* equivale a *hacer soportar* y, por ello, la conducta constitutiva de la imposición puede radicar en una sucesión, no pocas veces imperceptible o larvada, de *actos de desplazamiento* del trabajador respecto a la posición jurídica que así se ve perjudicada.

Acaso la diferencia entre *maquinaciones* y *procedimientos* esté en el grado de asentimiento, por supuesto viciado, que el trabajador preste a la condición o condiciones impuestas. Maquinación es engaño que atrae y sojuzga la voluntad del perjudicado que cede o claudica, a fin de aparentar un *quantum* de cooperación o complacencia de su parte. *Procedimiento* es sinónimo de *vía* o *artificio* y tampoco tiene por qué coincidir con el concepto técnico jurídico de trámite o rito, si bien se diferenciaría de la maquinación en que la condición degradada pasa a soportarse en virtud de la acción unilateral del empresario y sin ninguna apariencia de cooperación del trabajador afectado.

3.—El bien jurídico que se trae a la tutela del art. 499 *bis* I n.° 1.° C.p. es la *entidad de la disminución* de ciertas condiciones llamadas laborales o de Seguridad Social respecto de las que se suponen correspondientes a derechos reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales. La circunstancia de ser el art. 499 *bis* C.p., en su totalidad, un texto producido por el previgente sistema autoritario y referirse obviamente a conceptos y denominaciones inactuales, plantea un doble problema. ¿Es consecuente con los modos hermenéuticos clásicos del Derecho Penal cuestionarse siquiera la vigencia de un precepto en que algunos de sus presupuestos extrapenales denotan una variación esencial? La redacción, cuando menos, del art. 499 *bis* n.° 1.° C.p. mantiene un tenor heteronomista e incompleto, como después habrá de verse. La cuestión siguiente lleva a preguntarse, si la anterior queda resuelta a favor de la aplicabilidad en clave democrática del art. 499 *bis* I n.° 1.° C.p., por el acceso a los elementos sociológico y finalista —que ha innovado el art. 3.1 C.c., regla interdisciplinar— para obtener una interpretación plausible del precepto estudiado. Previamente conviene un esfuerzo de exégesis relativa a la dimensión del bien jurídico aludido.

El art. 499 *bis* I n.° 1.° C.p. condensa la magnitud del *mal* causado —privativo del Derecho Penal y distinto del *daño* con que, en Derecho Civil, se etiqueta ese

efecto negativo— en el resultado punible de que *se perjudiquen determinados derechos.* El perjuicio ha de producirse siempre, pues no es una expresión del mero designio lesivo —incluida, por tanto, en el dolo de los empleadores, de haberse utilizado el giro... *en perjuicio de...* y designar tan sólo el ánimo de irrogarlo—, sino una condición perteneciente al núcleo mismo del tipo de delito; algo más que una condición objetiva de punibilidad que también aquel dolo hubiera debido comprender.

Ese perjuicio —haciendo una lectura heteronómica del art. 499 *bis* I n.º 1.º C.p.— se aprecia a partir de la estructura que los derechos menoscabados presentaban al formarse la correspondiente relación de trabajo. Hay que tener en cuenta el bloque de Derecho Social sustantivo en vigor cuando, por L. 15-11-71, se innova el cap. 8.º, tít. XII, lib. II C.p. *(De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo).* La empresa se sigue concibiendo como una idílica comunidad en que empresarios y trabajadores olvidan y dejan de sensibilizarse a la evidencia del conflicto industrial que la lucha de clases genera en todos los países cuyo sistema de cambio y producción se liga a la propiedad privada de los instrumentos y medios correspondientes; una somera consideración de la Decl. XI FT, el art. 26 FE y el p. XI LPM así lo demuestra. Quiere ello decir que, aunque el art. 499 *bis* I n.º 1.º C.p. cite las fuentes —completativas o reguladoras del contrato de trabajo en el sentido del entonces vigente art. 9 LCT— representadas por las *disposiciones legales* o los *convenios colectivos sindicales,* los derechos subjetivos que se tutelan penalmente son en exclusiva de naturaleza individual, tanto si pertenecen al contenido de dicho contrato en calidad de mínimos inderogables, cuanto si se le añaden en virtud de la inclusión de todo trabajador por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (arts. 7.1 *a* y 61.1. L. 21-4-66). No puede pensarse en atentados contra derechos colectivos, dado que algunas de estas violaciones son entonces inimaginables y se hallan al margen de la presuposición del legislador penal —*ad exemplum,* una ingerencia en la libertad negociadora de los sujetos legitimados para pactar convenios (arts. 5 y 6 LCC.58)— y otros, cuales los derivados del poder de autotutela mediante la huelga o medidas de conflicto más tenues, se encuentran explícitamente prohibidos entonces (art. 10 D.22-5-70).

El art. 499 *bis* I n.º 1.º C.p. obedece al criterio de represión penal de aquellas violaciones del orden público del Derecho Social —normas imperativas o prohibitivas del Derecho de la relación individual de trabajo y del Derecho Público de la Seguridad Social— que se producen por iniciativa y comportamiento de los empleadores, a salvo otras asistencias, y perjudican contenidos mínimos del *status* profesional de trabajadores que se ven privados de libertad —en su más amplio sentido— para evitar la consumación de esos efectos. La hipótesis homóloga de carácter extrapenal, con la que la incriminada viene a coincidir, figura a la sazón en los arts. 36 LCT y 69 L.21-4-66.

La cualidad de *norma en blanco* del art. 499 *bis* I n.º 1.º C.p. no modifica esencialmente sus objetivos de envío o referencia, representados por la regulación de *disposiciones legales o convenios colectivos sindicales,* en tanto subsiste el sistema político autoritario, puesto que se acomoda sin dificultades a las módicas novedades que, con pretendidos fines de liberalización, van introduciendo. Antes de iniciarse la transición democrática, la aparición de la LCC.73 no altera el cuadro de aplicación del precepto penal con relación a los límites que se han indicado; si bien el reconocimiento de la huelga —nunca como *derecho* y sí al modo de *última ratio* (arts. 6 y sigs. DL. 22-5-75)— podía hacer pensar en su pro-

tección penal, la clara dicción del art. 499 bis I n.º 1.º C.p. impedía *contra naturam* proteger una situación artificiosamente definida y cuya aceptación *de lege lata* rompía por primera vez, a causa de esa manipulación, la inercia histórica de las tres fases de *huelga-delito, huelga-libertad* y, por fin, *huelga-derecho.*

De ahí que los aspectos del problema ya anunciado emerjan cuando, con motivo del tránsito del marco autoritario al democrático, es también otra la estructura del sector del ordenamiento jurídico al que se produce el llamamiento de la norma penal.

4.—Para una mayor simplicidad, se hace gracia del plantemianto de la susodicha cuestión en la fase de asentamiento técnico jurídico anterior a la CE y se toma en cuenta la circunstancia de plenitud normativa que autoriza a operar con la vigencia de la ley fundamental. El tema se emplaza asimismo en el campo de la revisión de criterios que, a la hora de interpretar y aplicar el Derecho Penal objetivo, eran inconmovibles y clásicos, aunque, en la materia examinada, no parece del todo heterodoxa cierta relativización o flexibilidad de sus reglas.

Lo propio del nuevo tratamiento de las relaciones de trabajo es, en primer lugar, la distinción entre situaciones individuales y colectivas. Otro rasgo consiste en que —con independencia de la ingerencia en la autonomía de la voluntad por causas económicas coyunturales— los mínimos de condiciones laborales, resultado de una reivindicación continuada, figuran en los convenios colectivos intra o extraestaturarios (art. 37.1 CE y tít. III ET). Tocante a la inclusión de los trabajadores por cuenta ajena en el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social, no sufre variación el conjunto de preceptos a que se remite el art. 499 *bis* I n.º 1.º C.p. y, en particular, el art. 69 LGSS sigue sancionando con invalidez la renuncia a los derechos que el sistema confiere.

Frente a esta nueva dimensión, la protección penal del legislador autoritario evidencia el consiguiente desajuste. Cierto que, en la medida que el art. 36 LCT ha sido sucedido por el art. 3.5 ET, sigue habiendo un Derecho necesario —la lesión de cuyos límites es inadmisible— contenido en normas laborales con rango de ley, pero, a su vez, las regulaciones legales de semejante alcance tienen parcas posibilidades de irse dando, pues lo específico de la ordenación de las relaciones de trabajo viene dado por su previsión a través de la negociación colectiva. Si se salva la *escena matriz* del texto que, promulgado por L.10-3-80, predijo el art. 35.2 CE, la *frecuencia criminológica* del *perjuicio de derechos reconocidos en disposiciones legales* queda máximamente reducida y, en suma, dicha parcela de la norma pierde casi todo su valor vital en comparación con el amplio espectro de hipótesis que antaño era capaz de albergar. Tratándose de trabajo, el atentado punible se concibe, con máxima extensión estadística respecto a los derechos fruto de la autonomía colectiva que, a través de la eficacia general o limitada del oportuno convenio (art. 83.2 ET), incorpora a cada contrato las condiciones establecidas para una concreta unidad de negociación.

Para situar la novedad interpretativa del art. 499 *bis* I n.º 1.º C.p. hay que precisar algo más. Si el alcance regulador de las leyes ordinarias *lato sensu* —al margen de la distinción técnica que introduce el art. 81.1 CE— está minimizado, surge un conjunto de preceptos constitucionales que ensanchan el objeto de la remisión de la ley penal en blanco. Relacionando el art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. con el art. 177 *bis* C.p., resultaría que, de entenderse la libertad sindical y el derecho de huelga conforme al reconocimiento que hace de ellos el art. 28 CE, el tipo delictivo que se examina ahora incluiría residualmente los atentados que, sólo a través de maquinaciones o procedimientos maliciosos, perjudicaren aquellos

derechos colectivos que el constituyente ha situado en otra *sedes materiae,* como sería el caso del derecho a la negociación colectiva y la facultad —común a trabajadores y empresarios— de adoptar medidas de conflicto (art. 37 CE). Parece, de una parte, que el legislador penal ha dado pie a esta distribución de campos punitivos entre los arts. 177 *bis* y 499 I *bis* n.º 1.º C.p., siguiendo el criterio sistemático por el que la libertad sindical y el derecho de huelga han alcanzado el *optimum* de protección que el art. 53.2 CE les asigna, ante su enclave en la sec. 1.ª, cap. 2.º, tít. I CE, mientras que los otros derechos de grupo se tutelan con más restricciones, debidas asimismo a un criterio artificioso y de cuyo fundamento no se tiene noticia solvente. Claro que, frente a este argumento harto formal, debe recordarse que las normas penales, máxime si el dato valorativo no pertenece al tipo y sí al ordenamiento extrapenal a que la regla en blanco se remite, no han de interpretarse necesariamente confiriendo a tales conceptos la descripción de sus disciplinas de origen. Cabe entender así por libertad sindical, no sólo la contemplada —muy modestamente y sin tener en cuenta su conexión con el art. 7 CE— en el art. 28.1 CE, sino incluso la manifestación antológica que de esa libertad es la negociación colectiva, en cuyo caso el alcance subsidiario del art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. respecto del 177 *bis* C.p. se reduciría.

Quizás considerando que el favor del amparo penal debe sólo alcanzar al ámbito de protección que crean el ordenamiento oficial —cuyas competencias exclusivas menciona el art. 149.1 núms. 7.º y 17.º CE en punto a la *legislación laboral* y la *legislación básica de la Seguridad Social*— y el extraestatal, por medio del ejercicio de la autonomía colectiva (art. 37.1 CE), el art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. no haya incriminado las maquinaciones y procedimientos maliciosos que perjudiquen derechos atribuidos a los trabajadores por pacto individual o cualquier otra variante de la autonomía de la voluntad particular (art. 3.1 *c* ET).

Puede sostenerse sin violencia que la adecuación del art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. a la realidad social y al elenco de bienes jurídicos de un sistema de libertades es posible. No cabe hablar de un atentado frontal y categórico contra los principios específicamente aplicables a la interpretación de las normas penales. La presuposición o *ratio* de la protección no ha variado cualitativamente, aunque cuantitativamente lo hayan hecho las esferas en que dicha tutela de intereses se materializa. El art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. no adolecería de *inconstitucionalidad sobrevenida* y habría superado con éxito la prueba impuesta por el tamiz de la DD.3 CE.

5.—Para que exista la figura delictiva del art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. es imprescindible la *causación de un perjuicio* en el contenido jurídico o económico de los derechos subjetivos extrapenales cuya delimitación actual se ha intentado. Ahora bien; definir tal perjuicio o listar los perjuicios con entidad penal se convierte en operación cuajada de dificultades, si se tiene presente que las propias normas del Derecho Social en general contienen soluciones legitimadoras de conductas que, en otro caso, se subsumirían claramente en el art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. En circunstancias semejantes, es imposible sostener con un *minimum* de convicción jurídica que la acción del legislador penal —dable a primer golpe de vista *(ictu oculi agente)*— se vaya a producir allí donde el orden laboral resta gravedad y neutraliza las consecuencias del acto contrario a Derecho que se ha producido. Un ejemplo no lejano —que, en el Derecho del Trabajo, puede formar parte de la Historia del Derecho, dado lo vertiginoso de sus transformaciones— lo aclara y lo demuestra.

El art. 56.1 ET reguló, para el caso de declaración judicial de improcedencia

del despido, una facultad empresarial de expropiación del puesto de trabajo por causa de interés particular, al permitir que el empleador optase, si así lo prefería, por la no readmisión del trabajador injustamente despedido y la sustituyese por la indemnización consiguiente a su decisión expropiatoria. Puede afirmarse, sin temor a errar, que la tentación de capitalizar la fórmula del art. 56.1 ET dio lugar a su manipulación ávida y frenética tan pronto como entró en vigor. Se convirtió en una *máquina de despedir* y, con su abusiva utilización, se ensayaron flexibilizaciones de plantillas que, por vía de control administrativo, hubiesen sido menos accesibles (art. 51.2 ET). La reacción judicial —estadísticamente cuantiosa y acusada— consistió en sancionar ese abuso y entender que beneficiarse de semejante solución, cuando la improcedencia del despido se declaraba a consecuencia de una iniciativa gratuita del empleador que sólo deseaba aligerar sus costes productivos o sanear su economía privada, no era equitativo cuando la pretensión del empresario descansaba en la mera voluntad de despojar al afectado de su empleo a cambio del resarcimiento fijado. Mediante el uso de criterios jurídicos diversos, tales conductas fueron sancionándose con la *declaración de nulidad* de los despidos, que, según el art. 55.4 ET, obligaba a la readmisión y no admitía un subrogado indemnizatorio. Así las cosas, el Poder Ejecutivo —al que la DF. 6.ª ET había encomendado, como legislador de ocasión, la redacción de un texto refundido de carácter procesal— reparaba en esta profusión de nulidades y, contraviniendo el citado art. 55.4 ET y los mismos límites de la delegación (arts. 82.5 y 83 *a* CE), formuló en el art. 211 LPL la posibilidad de que el deber de readmitir subsiguiente a la declaración de nulidad se sustituyese por una indemnización que fijasen los jueces. Una acción tan social y jurídicamente reprobable como la supresión arbitraria del puesto de trabajo y la privación en perjuicio de quien lo ostentase quedaba dulcificada en sus efectos estrictamente laborales, que así dejaban de exigirse. ¿Cómo cabía entonces que, no obstante el juicio de reproche a que diera lugar, esa infracción se emparentase con el art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p., llamado a la punición de conductas que, cuando menos, el legislador extrapenal se esmera en no desnaturalizar?.

Otro ejemplo existe en el caso de los actos discriminatorios que, específicamente vedados por el art. 17.1 ET, se hallan realmente prohibidos —incluso en el orden de las relaciones laborales— desde la entrada en vigor del art. 14 CE. Por analogía con la solución del citado art. 211 LPL, se ha admitido que la represión de los mismos, en la hipótesis de declararse nulos y sin efecto alguno, desemboque en una solución indemnizatoria que, en régimen de Derecho contractual, determina una privación del empleo y, no obstante, se considera equitativa. Si entonces no se llega a las últimas resultas que el Derecho Social debe exigir, es impracticable la idea de perseguir penalmente los comportamientos de origen.

Ninguno de los perjuicios que, con harta malicia se producen entonces, es susceptible de sanción penal. ¿Quiere ello decir que, a fuerza de desvirtuarse laboralmente los efectos del dolo, el art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. *achica* su noción de *perjuicio* hasta el punto de convertirla en algo inaprehensible o fugitivo? ¿O que sólo hay perjuicio cuando la virulencia del obrar malicioso es tan irreprimible que no da lugar al uso adecuado de los remedios contractuales?

6.—No menos erizada de dificultades se muestra la lectura del art. 499 I *bis* n.º 1.º C.p. La idea central que preside sus diversas hipótesis es la de una iniciativa en que, desde un principio, se propende a crear para el trabajador afectado un *status* laboral privado de toda consistencia o harto debilitado, según que el resultado de la maniobra a que se acude consista en suprimir o restringir tan sólo

los beneficios penalmente protegidos. Tal efecto se pasa a predicar de la cesión de mano de obra, de la simulación de contrato, de la sustitución de empresa, de su falseamiento o de cualquier otra forma maliciosa.

Quizás sea la cesión ilegal de mano de obra la piedra de toque para apreciar lo escaso de la eficacia punitiva que el precepto examinado ha podido alcanzar. Hasta su actual regulación en el art. 43 ET, dicha figura ha sufrido una evolución normativa mucho menos sensible en las líneas generales de su definición que lo que representa la tendencia insistentísima a minimizar su constancia. Una constante de las valoraciones de la jurisprudencia social viene dada por la inclinación a admitir únicamente la cesión en los casos, muy cualificados, de existir un verdadero tráfico de la fuerza de trabajo, rechazándola en supuestos muchos más intelectualizados, en que, a causa precisamente del artificio empleado, resaltaba su finalidad fraudulenta. A la luz del art. 1. núms. 1.° y 2.° D. 17-12-70, fue dable sistematizar los casos de cesión y distinguir una *leva de operarios,* una contratación por tercero no empresario que después realiza la cesión, una contratación con proceso productivo propio desnaturalizado por el préstamo y una cesión inducida por el empleador que se propone ocultar su cualidad. Muy someramente, baste señalar que la *leva de operarios* —expresión máximamente tosca de cesión ilegal— suponía que el trabajador, resultado y proporcionado por el cedente al empresario que le utilizaba, perdía las oportunidades de demandar empleo libremente a causa de la mediatización absoluta que el modo de cesión llevaba consigo. El profesional del reclutamiento, abundante en los tiempos de plena ocupación hacía comúnmente de este oficio *modo de vivir,* evocando lo que dió en llamarse *tipo normativo de autor* respecto a ciertas figuras delictivas. Una serie de indicios externos —esencialmente relativos a la falta de base física o establecimiento, carencia de aparato organizativo, inexistencia de equipo capital y medios líquidos de financiación del proceso productivo— se ponderaban al objeto de comprobar el concurso de esta primera variante, sobremanera elemental.

Este matiz de la infracción se diferencia de otro que, casi coincidente en el fondo, revestía la intervención del cedente de una apariencia empresarial —que en el caso anterior no mediaba— en virtud de la cual se conjugaban los mecanismos de la simulación relativa y el fraude de ley (arts. 6.4 y 1.276 C.c.). Las llamadas industrias principal y auxiliar simulaban un contrato de arrendamiento de servicios o ejecución de obra en que, para resumir el artificio utilizado, no existía cumplimiento del mismo ni adquisición por el comitente de la obra hecha o los beneficios de la actividad del comisionista —previa producción a cargo de éste—, sino simple inserción de los trabajadores del segundo en el ciclo de producción del primero e incorporación directa de su energía laboral a las operaciones de transformación correspondientes. El dato de que el falso empresario guardara las apariencias externas de tal ya marcó una tendencia judicial a entender que, en defecto del *aventurismo subcultural* de la leva de operarios, se debía operar con más cautela a la hora de estimar existente la cesión.

Bajo este signo, es fácil concluir que las hipótesis merecedoras de sanción penal tendieran a disminuir, si ya su corrección se atenuaba en el régimen propio de las relaciones individuales de trabajo. De ahí que *a fortiori* poca fortuna habría de tener la acción tendente a perseguir las restantes modalidades de cesión en vía punitiva.

El tercer ejemplo de confabulación operaba entre verdaderos empresarios —que, en concepto de autores, tomarían parte directa en la ejecución del hecho (art. 14 n.° 1.° C.p.)— que dirigen sendos procesos de producción y se conciertan

para distraer temporalmente del censo de uno de ellos —bajo apariencia siempre de la figura regulada en los arts. 1.588 y sigs. C.c.— un conjunto de trabajadores que engrosan el del cesionario. Por fin, la cesión inducida consiste en una interposición de persona que es un trabajador de la misma empresa que provoca el artificio, planificando el cesionario todo el artificio que va a protagonizar el cedente. Objeto de la supuesta locación es la prestación de servicios idénticos a los que la empresa cesionaria pone en el mercado con su plantilla de operarios fijos, concurriendo además las características de no asumir el cedente riesgo industrial alguno ni ejercer cometidos de organización que, a través de cláusulas confusas del llamado contrato de arrendamiento, retiene el aparente arrendatario. La técnica —que, en su caso, no dejaría de ser delictiva por la circunstancia de patrocinarla sociedades de participación estatal— se ha utilizado para la concesión o desconcentración de servicios esenciales de la comunidad.

Aunque más adelante se advierte la relativización o acaso disolución que padece el *principio de estabilidad en el empleo,* debe señalarse que el atentado contra él consumado por la cesión ilegal de mano de obra residiría en ocultar la realización de actividades habituales y permanentes en el ciclo de la denominada *industria* principal, evitándose calificar de trabajadores fijos de la misma a los afectados por dicha cesión y haciendo intervenir, en cambio, la eficacia extintiva que sobre los contratos de trabajo determinaría la conclusión de la obra o servicio fingidos (arts. 76 n.° 2.° LCT y 49.3 ET). Ha sido, sin embargo, insistente la propensión a un entendimiento restrictivo del alcance con que, en la órbita meramente laboral, los arts. 19 LRL y 43 ET se han ocupado sucesivamente de las varias hipótesis de cesión ilegal de mano de obra. No han faltado regulaciones —algunas de dudosa tipificación, como sucede con los arts. 1 y sigs. 0.22-4-76— que, para desvirtuar artificiosamente su presencia en sectores concretos, la han autorizado explícitamente. La generalización de su impunidad frente al art. 499 *bis* I n.° 2.° C.p. se explica sin dificultades. Mal puede intentar aplicarse el mandato del legislador penal a situaciones a las que se hayan retirado el componente de ilicitud de Derecho Privado en que, conforme a una clara calificación jurídica, vienen incurriendo. Una lectura enfática del art. 2.2 C.c. lleva a concluir que, aunque las leyes sólo *se deroguen* por otras posteriores, surgen fenómenos de *inhabilitación* de las mismas, distintos del formal de la derogación. El aquí apreciado es acaso uno de ellos.

7.—El recurso al giro *simulación de contrato* —con que el art. 499 *bis* I n.° 2.° C.p. designa una de las variantes maliciosas nominadas de atentado contra la seguridad en el trabajo— pone de manifiesto, una vez más, la autonomía terminológica que las normas penales confieren a expresiones que en su disciplina de origen presentan una rigurosa precisión conceptual. Con la singularidad de que, en este caso, no han sido los penalistas quienes han de responder de esa diversidad, sino los propios especialistas del Derecho del Trabajo que han pervertido la idea civilística de simulación y la han confundido con una operación en que predomina el propósito defraudatorio.

Lo peculiar de la simulación relativa en Derecho Civil, a la que quiere aproximarse la que el art. 499 *bis* I n.° 2.° C.p. denomina *simulación de contrato,* es que ambs partes ocultan la verdadera realidad y efectos contractuales bajo apariencia de un contrato distinto y en virtud del consentimiento libre de una y otra, hasta el punto de que, según el art. 1.277 C.c., el negocio velado es válido si, a su vez, la causa es verdadera y lícita. Nada de eso acaece con la simulación aquí considerada. No son el empleador y el trabajador quienes están conformes en que las

mismas se produzcan, sino que el primero abusa de su posición de dominio contractual para imponer al segundo una vestidura o disfraz de la relación laboral que entre ellos va a constituirse. No se detiene ahí la diferencia con la simulación relativa, ya que, al contrario de ésta, los efectos del contrato simulado van a suponer para el empresario una ventaja y para el trabajador del contrato de trabajo que se oculta. La ilicitud de la causa (art. 1.275 C.c.) no se comparte, pues, por los interesados —como sucedería en el contrato simulado e inválido— y se utiliza provechosamente por quien de los mismos la ha impuesto.

Los contratos así concluidos, más que simulados, vienen afectados de una falta de libertad en el consentimiento del trabajador que civilmente plantea el problema de si es cerrada o abierta, en vista de estos supuestos impensables entonces, la enumeración de los vicios que a aquél refiere el art. 1.265 C.c., dando por supuesto que el art. 499 *bis* I n.º 2.º C.p. es omnicomprensivo y permite definir la simulación de contrato como toda desfiguración de la exactitud de las prestaciones del contrato de trabajo a través de aspectos —típicos o atípicos— que dificultan la calificación que la libertad del trabajador experimenta, generalmente en curso de las conversaciones previas, para evitar esa deformación tendente a debilitar su sistema de seguridad —en amplio sentido, pues la transformación del concepto de *estabilidad* así lo exige— y aligerar cargas jurídicas o económicas del empleador a cuyo dictado se ha de someter.

Esta protéica posibilidad de transgresión penal merece el mismo juicio a que la represión penal de la cesión ilegal ha dado lugar. Siempre y sólo se suele corregir a través del art. 8.1 ET, donde la presunción del carácter laboral de una prestación de servicios por un trabajador dependiente que desempeña su actividad por cuenta ajena, constituye la vida de que se dispone ante los órganos jurisdiccionales del orden social. La incidencia estadística de esta ilicitud en lo penal es casi imperceptible.

A modo de conclusión anticipada y dimanante de lo expuesto, no es infundado sostener que ese *déficit* de aplicación de la justicia penal a los citados delitos del art. 499 *bis* I n.ºs 1.º y 2.º C.p., se debe, en medida no pequeña, a la existencia de una *tierra de nadie* —de aparición tan involuntaria como desaconsejable— que tampoco han logrado ocupar con soltura los especialistas de las dos disciplinas —Derecho Penal y Derecho del Trabajo— cuya contribución resulta indispensable para agotar las posibilidades fenomenológicas del tema.

8.—Las nociones de *sustitución* o *falseamiento de empresa* deben ponerse en relación con la doctrina de los elementos componentes de la misma a la luz del derecho que sanciona el art. 38 CE. De los tres típicos —capital, trabajo y organización— parece ser el primero aquél cuya realidad o consistencia contempla el art. 499 *bis* I n.º 2.º C.p., aunque su debilitación o insuficiencia opere directamente sobre la escasez consiguiente del segundo. La *sustitución* —frecuentemente instrumentada a través del supuesto recogido en el art. 44.1 ET— tiende a penalizarse en la medida que la disminución o supresión de la *cifra de garantía* que, visto el art. 1.911 C.c., representa el capital, desencadena efectos consistentes en deteriorar la estabilidad del empleo y demás condiciones de trabajo. Un atentado especialmente reprochable se dará en el caso de que, perfeccionada jurídicamente la sucesión empresarial, hagan aparición causas tecnológicas o económicas —propias de la nueva situación y no concurrentes en la que le ha precedido— que lleven a los estados críticos previstos por los arts. 45.1 *j,* 47, 49.9 y 51 ET. Lo mismo cabe advertir sobre una política de extinción de relaciones individuales que, por muy varias vías, puede acometer el empleador, acu-

diendo a ceses provocados, invocación falsa de causas objetivas y manejo abusivo del despido disciplinario (arts. 50, 52 y 54 ET). Como siempre, la accesible corrección de estas irregularidades por los órganos del orden social agota *de facto,* sin ulteriores consecuencias penales, la tutela judicial, así dotada de menor alcance que el atribuido por el art. 24.1 CE.

Por falseamiento de empresa ha de entenderse o bien la mera apariencia de la misma, tras la que no se oculta realidad alguna de transformación y puesta en el mercado de bienes o servicios, o bien la sensible diferencia entre lo que dicha apariencia representa y lo que es realmente el proceso productivo. Dado que la obtención del beneficio y la asunción de riesgos industriales no se conciben sin una razonable expectativa del primero, la empresa resultará falseada cuantas veces las características del ciclo de producción ofrezcan un componente desmesurado de riesgo, carezcan de instrumentos y medios bastantes para afrontar tan exagerada magnitud y, en fin, la posibilidad del beneficio se perfile como algo inaccesible y problemático. En tales condiciones, la fuerza de trabajo se incorpora a factores productivos con muy módica probabilidad de ser remunerada. La inestabilidad del empleo deriva de la tendencia del propio trabajador a desligarse de él —lo más frecuentemente por la vía del despido provocado o indirecto (art. 50.1 ET)— y de las precarias o nulas condiciones con que se estructura el ejercicio de la libre iniciativa económica *ex* art. 38 CE.

El concepto jurídico indeterminado *otra forma maliciosa* no hace sino reiterar la laxitud de un tipo penal, que, a través de esta genérica invocación de cualquier materialización del dolo, parece pensado para intensificar la persecución penal y no para enervarla, como en la práctica sucede.

Conviene añadir que, si comúnmente ya es un fracaso del ordenamiento jurídico la infrecuente punición de estos delitos, las consecuencias se agravan al principio de ineficacia suspensiva de la pendencia de causa criminal sobre el proceso en materia social. Al contrario de lo dispuesto con alcance general en el art. 77 I LPL, dicho art. 44.2 ET exige que, para hacer efectivas ciertas responsabilidades civiles solidarias del transmitente y adquirente de la cualidad de empresario, la cesión se haya declarado delito, es decir, haya recaído sentencia condenatoria fundada en el art. 499 I *bis* n.° 2.° C.p. Existe aquí una cuestión perjudicial penal, que, ante las discretas probabilidades del éxito de la acusación, revela un entorpecimiento a la satisfacción del interés de los perjudicados. Debe considerarse si, al imponer una condición fatigosamente accesible y aún razonablemente desproporcionada, el art. 44.2 ET no adolece acaso de inconstitucionalidad por violación del derecho a una efectiva tutela judicial (art. 24.1 CE) reñida con esas restricciones.

9.—El tránsito de un sistema laboral heteronómico a otro en que el juego de las relaciones colectivas determina las fundamentales adquisiciones de los trabajadores —aún con la salvedad inherente a la crisis en que aquéllas se instalan— lleva a preguntarse por la insuficiencia del art. 499 I *bis* n.° 2.° C.p., desde el momento en que las *condiciones reconocidas por disposiciones legales* han pasado a serlo, en preponderante medida, por la vía negociadora que reconoce el art. 37.1 CE. ¿Cabría defender, sin demérito del rigor interpretativo y a fin de que la protección no resulte minimizada, que esas *disposiciones legales* son incluso las que, como el citado art. 37.1 CE y sus normas de desarrollo alojadas en el tít. III ET *(De la negociación y de los convenios colectivos),* regulan el modo y alcance de la negociación dotada de eficacia general por el art. 82.3 ET? Cualquier otro criterio de interpretación, encaminado al mismo fin, sería heterodoxo

—por ej., el basado en correcciones nacidas de una nueva realidad social (art. 3.1 C.c.)— para los penalistas.

La protección de la *estabilidad en el empleo* se cuestiona también en virtud de ser ésta una noción virtualmente extinta en el dominio del Derecho del Trabajo. Si el art. 499 I *bis* n.º 2.º C.p. pretende mantenerla con la entidad histórica pretérita, su mandato se verá vaciado, no obstante el esfuerzo que con los ajustes antes indicados se puede salvar. El mundo europeo de las relaciones industriales ya había cancelado la idea de esa estabilidad cuando, terminada la segunda guerra mundial, el mercado internacional adquirió unas características que entonces planteaban y dieron lugar a las primeras experiencias de reconversión industrial y readaptación profesional, en sendos procesos paralelos e inseparables. El universo de las relaciones colectivas ha sustituido, hace nada menos que más de un cuarto de siglo, el principio de *estabilidad en el empleo* por el de *continuidad del empleo.* Quede consignado este dato, sin ser del momento otras aclaraciones. Si el primero de ambos persistió en la realidad positiva española, fue porque, naturalmente ajena a la evolución europea, el anterior sistema autoritario compensaba con su invocación y defensa el *déficit* de libertades sindicales que privaban de otros beneficios. No deja de ser paradójico que la agonía de tal postulado o, por mejor decir, su postrera pretensión de imponerse se contuviera en el art. 35 LRL, precepto de corta duración que, al igual que el cuerpo legal que lo albergaba, fueron promulgados contra todo sentido común cuando se había incoado la fase de transición democrática y era superabundante cualquier ensayo de ese corte.

Con este matiz, no es rechazable sostener —sin vulnerar la técnica interpretativa del Derecho Penal— que *estabilidad en el empleo,* entendida de modo no inexorablemente tomado a préstamo de la disciplina de origen, también equivale a *continuidad del empleo.* Las opciones hermenéuticas que permiten preservar y seguir aplicando una pieza confeccionada fuera del marco de las libertades públicas no son, sin embargo, tan violentas que excluyan la situación del art. 499 I *bis* n.º 2.º C.p. en un terreno no afectado por la DD. 3 CE e integrado en el correspondiente sector del ordenamiento postconstitucional.

10.—La descripción típica del art. 499 I *bis* n.º 3.º C.p. se ha de poner, ante todo, en relación con las figuras delictivas precedentes. Conforme a un criterio de especialidad, que se da en el seno del propio precepto, el *traficar ilegalmente de cualquier manera* abarcará todas las variantes de tan laxa definición, excepto aquellas que sean subsumibles en alguna de las especies de cesión ilegal que se han citado respecto al art. 499 I *bis* n.º 2.º, si bien, en caso de no existir resultado lesivo, la calificación *retorna* al precepto que se examina. El art. 499 I *bis* n.º 3.º C.p. reprime las violaciones de la libertad del empleo con perspectiva múltiple. En la medida que se trafica, se comienza vulnerando la libertad contractual y convirtiendo la deuda de trabajo, que es una obligación privatista de medios o de simple actividad, en una obligación de fines o resultado, vista la comercialización de la energía laboral que se da entonces (arts. 1.1 y 20.2 ET). También se viola la libertad general que debe caracterizar al mercado de empleo, que, con independencia de los rasgos que impiden hacer de él un círculo de libre concurrencia, trata de aproximarse a ello y resulta máximamente distorsionado o falseado con los factores de anormalidad que un tráfico ilegal de cierta entidad introduce en su funcionamiento. A este peligro parece responder la idea de *migración laboral fraudulenta* cuyos inconvenientes adquieren una especial fisonomía en el actual momento, singularizado por la exigencia de distribuir el empleo a causa de su escasez. Las *migraciones fraudulentas* representan demandas de trabajo que,

unas veces, obedecen a la creación de un mercado sumergido con un dirigismo absoluto por parte del demandante oculto y, otras, se reduce a colocar a los trabajadores en un medio donde su sola presencia facilita un tipo de contratación que desplaza a los otros demandantes que compiten en régimen de concurrencia abierta y regular. Dichas demandas se señalan, en ocasiones, por una formulación falaz —simulación que, debido a la rareza del trabajo, parte en la crisis de una iniciativa de los trabajadores mismos— de las condiciones laborales y, casi siempre, por concurrir en ellas la renuncia a beneficios de la Seguridad Social, prohibida en el art. 69 I LGSS.

No es dudoso que, en el periodo transitorio de adhesión de España a las Comunidades Europeas, este tipo de infracción puede adquirir impensados perfiles a la vista de las restricciones que aquel supone en orden al derecho a la libre circulación y a la libertad de establecimiento (caps. 1 y 2, tít. III, 2.ª parte, TR).

11.—El art. 499 *bis* II C.p. sugiere reflexiones que esencialmente giran en torno a la idea de *crisis*. Toda actividad productiva *lato sensu* está pensada para obtener un beneficio a cambio de asumir la normalidad de los riesgos industriales, en el entendimiento de que ejercitar el derecho *ex* art. 38 CE presupone la posesión de unas aptitudes o condiciones mínimas que permiten superar tales inconvenientes. En los lejanos tiempos de la economía protegida y autártica, la idea de *crisis* —debida a la insuperabilidad del cúmulo de riesgos internos y externos al ciclo de producción— se manejaba con discreción proporcional a su infrecuencia; de ahí, la regulación de los llamados *expedientes de crisis* en los arts. 1 y sigs. 0.26-1-44. Sucesivamente, la apreciación de causas críticas tecnológicas o económicas ha multiplicado su presencia y dado lugar a regulaciones de que son muestra vigente los arts. 49.8 y 9 y 51 ET. Propio de la *crisis*, en su acepción jurídicolaboral, es el operar sobre el ciclo productivo y los contratos individuales de trabajo, previa comprobación u homologación administrativa del acontecimiento o circunstancias críticas.

Resulta que, de llegarse a recibir o establecer una regulación afín a la Dir. 17-2-75, el art. 499 II *bis* C.p. se desnaturalizaría sumamente, ya que dicha norma —de que hace mensión el art. 17 AES— faculta a los empleadores para efectuar reducciones de plantilla por medio de los llamados *despidos colectivos* que implican todo un poder de disposición sobre los puestos de trabajo.

La amplitud con que, una vez más, se concibe la penalización de una conducta consistente en *hacer ineficaces maliciosamente* los derechos tutelados, debe considerarse como un enfático encarecimiento —nunca lo contrario— a inventariar y perseguir penalmente las conductas que revelen límites de peligrosidad social inaceptable. Lo cierto que juristas —de las disciplinas limítrofes— y no juristas parecen coincidir en no participar o acaso no haber contraído la necesaria dosis de sensibilidad.

Ahora bien; la noción de crisis usada en el art. 499 *bis* II C.p. no queda limitada —al igual que sucede con la correlación conceptual establecida entre términos penales y extrapenales— a los supuestos de formalización de la misma. En primer término, la crisis tendrá relevancia penal cuantas veces el proceso de producción de la empresa esté abocado a un colapso muy probable, de suerte que, debido a las causas que sean, es inminente el peligro de desocupación. Hipótesis, pues, más amplia que la que el Derecho del Trabajo utiliza. Pero es más; de una etapa de normalidad, ya muy distante, se pasó a otra de emergencia, en que no fue posible regresar a la primera, y de ella a la actual de crisis, como categoría y realidad que domina el fenómeno productivo, las actividades del mercado y las

relaciones industriales. Se ha llegado a una institucionalización de la crisis, convertida así en el presupuesto de que toda la metodología tiene que arrancar en esos campos. Esta consideración confiere otra dimensión al art. 499 *bis* II C.p. y dota al tipo punible de un dinamismo y proyección infinitamente superiores a las del casuismo con que, en otros tiempos, pudo ser apreciado.

12.—De todas las cuestiones que puede suscitar la lectura del art. 499 *bis* III C.p., quizás sea la más notable la relativa a la apreciación de la diligencia necesaria para adoptar medidas encaminadas a remediar los hechos cometidos. Es preciso que estos puedan ser conocidos por quien deba conocerlos. Hace además falta fijar un límite a la dosis de animación sicológica que ha de presidir la conducta dirigida a su evitación. La construcción de la regla de comportamiento que, según la concepción normativa de la culpabilidad, mide el hacer u omitir y, en el caso de ser transgredida, lleva a presumir la falta de diligencia, tendrá lugar mediante la inducción practicada sobre el modo de obrar del agente en supuestos análogos, al contrario de la técnica *in abstracto* —de evaluación generalizada o reducida— a que acude el Derecho Civil (art. 1.104 C.c.). Este aspecto de responsabilidad penal por culpa *in vigilando* siempre se ha abordado y resuelto en la práctica con tópicas remisiones al ámbito de las responsabilidades civiles.

13.—Un entendimiento plausible del art. 499 *bis* C.p. siempre es consecuencia de remover los obstáculos que, apegando acaso su lectura en las líneas de fuerza de origen, dificulten su eficacia óptima en el momento presente, aunque no se detenga aquí la puesta en práctica del *esfuerzo transformador* que el art. 9.2 CE encarece. Si, tanto en esta versión adaptada al nuevo signo de las libertades como en otra de esmerada técnica jurídica, los poderes públicos estimulantes de la persecución de esa suerte de delitos (art. 124.1 CE) y determinados agentes sociales —piénsese en el amplísimo papel que el art. 7 CE ha reconocido a los sindicatos— no modifican radicalmente el panorama de sensibilidad colectiva y las propias reacciones de la Administración de Justicia en presencia de tales infracciones, su regulación seguirá pecando de un *academicismo insultante*.

Abreviaturas y siglas

art.	artículo.
cap.	capítulo.
C.c.	Código Civil de 24-7-1889.
CE	Constitución Española de 27-12-78.
C.p.	Código Penal de 14-9-73.
DD.	Disposición derogatoria.
Decl.	Declaración.
DL	Decreto-Ley.
Dir.	Directiva.
ET	Estatuto de los Trabajadores (L. 10-3-80).
FT	Fuero del Trabajo de 9-3-38.
L	Ley.
LCT	Ley de Contrato de Trabajo de 26-1-44.
LCC.58	Ley de Convenios Colectivos de 24-4-58.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social de 30-5-74.
lib.	libro.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral de 13-6-80.
LPM	Ley de Principios del Movimiento de 17-5-58.
LRL	Ley de Relaciones Laborales de 8-4-76.
O	Orden.
tít.	título.
TR	Tratado de Roma de 25-3-57.

ÍNDICE

Presentación 7
1.ª PARTE 13
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO.
Luis Arroyo Zapatero 15
EL ILICITO EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.
Manuel López Pérez 27
VIRTUALIDAD PRÁCTICA DEL ART. 348 BIS A).
José María Mena Alvarez 43
REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR DAÑOS A LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.
Angel-Carlos Carcoba Alonso 55
2.ª PARTE 69
APROPIACIÓN DE LA CUOTA OBRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y APROPIACIÓN DE LAS CANTIDADES RETENIDAS EN EL IRPF.
Carlos Martínez Pérez 71
LA APROPIACIÓN INDEBIDA DE LA CUOTA OBRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ¿UN DELITO INVISIBLE?.
Cándido Conde-Pumpido Tourón 89
LA DEUDA EMPRESARIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA CRISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Héctor Maravall Gómez 99
3.ª PARTE 109
DELITO CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO.
Miguel Bajo Fernández 111
PROTECCIÓN PENAL DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.
Miguel Angel Cadenas Sobrera 131
LA CESIÓN ILICITA DE MANO DE OBRA.
Fernando Ilarri Junquera 145
MODERNIDAD DEL ARTICULO 499 BIS DEL CÓDIGO PENAL.
Prof. Dr. Manuel M.ª Zorrilla Ruiz 149

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

SIGILLUM·REG·UNIVERSITAT·COMPOSTELLAN·