

## Sentencia A.P. Albacete 253/2013, de 2 de septiembre

### RESUMEN:

Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo: Contratación de dos ciudadanos bolivianos carentes de permiso de residencia y trabajo. Ausencia de medidas de seguridad. Exigencia de que las condiciones de la contratación perjudiquen los derechos laborales del trabajador. No sería delictiva la contratación de un inmigrante sin permiso de trabajo si materialmente sus derechos laborales no se ven afectados por las condiciones del contrato, aunque el sujeto continúe en la misma situación de ilegalidad y aunque dicha contratación sea sancionada administrativamente. Estimación parcial del recurso. Absolución del delito de tráfico ilegal de mano de obra.

DE ALBACETE

Domicilio: C/ SAN AGUSTÍN N.º 1 DE ALBACETE.

Tel: 967596558 /967596557

Fax: 967596501 /967596530

Modelo: 213100

N.I.G.: 02003 37 2 2013 0003139

ROLLO APELACION PENAL n.º 157/13 APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000157 /2013

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 3 de ALBACETE

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000519 /2010

RECURRENTE: Eulalio

Procurador: D. JOSE FERNANDEZ MUÑOZ

Letrado: D. ANTONIO-MANUEL NUÑEZ POLO-ABAD

RECURRIDO: MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA N.º 253-13

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Il'tmos. Sres.

Presidente:

D. EDUARDO SALINAS VERDEGUER

Magistrados:

D. JOSE GARCIA BLEDA

D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ

En Albacete, a dos septiembre de dos mil trece.

VISTOS ante esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos de Juicio Oral n.º 519/10, seguidos ante el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Albacete, sobre CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, contra Eulalio, en esta instancia apelante, representado por el Procurador D. José Fernández Muñoz, y defendido por el Letrado D.

Antonio Manuel Núñez-Polo Abad, interviniendo el Ministerio Fiscal en concepto de apelado, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1.º- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuyos Hechos Probados y Parte Dispositiva dicen así: " HECHOS PROBADOS: Resulta probado y así se declara que en el año 2007, el acusado Eulalio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se dedicaba, como persona física, a la realización de obras en construcción, para lo cual contrató verbalmente a Patricio y Luis Alberto, ciudadanos bolivianos, carentes de permiso de residencia y de trabajo, a los que no daba de alta en la Seguridad Social, pagándoles un salario de 60€ al día, cantidad que en ocasiones no les abonaba en su integridad, aceptando los trabajadores estas condiciones, en la confianza que el acusado cumpliera su compromiso, por el manifestado, de proceder a regularizar su situación.- El día 5 de febrero de 2008, el acusado estaba realizando en Albacete una obra, en un chalet sito en el CAMINO000 NUM000 en la prolongación de la C/ DIRECCION000 de Jaén, propiedad de Fidel, particular que contrató los servicios del acusado, para la realización de una segunda planta en el chalet. El acusado a pesar de conocer que para la realización de la obra no existía proyecto de edificación ni estudio básico de seguridad y salud, acometió la misma, sin elaborar plan de seguridad alguno.- Sobre las 10:55 horas del día 5 de febrero de 2008, se encontraban trabajando en la primer planta del referido chalet, Onesimo, de 23 años de edad, Luis Alberto, de 38 años y Jesús Luis. Trabajadores que no habían recibido formación alguna, ni estaban dotados de medidas de seguridad colectivas, pues en la obra no existían ni andamios, ni protección perimetral, ni se les facilitaron por el acusado medidas de protección individual como casco, arnés, ni línea de vida. Por ello cuando se procedía por terceras personas al vertido de hormigón sobre las bovedillas asentadas en las viguetas que habrían de construir el segundo forjado y cubierta de la obra, se partió la misma debido al peso del hormigón, lo que unido al hecho de la carencia de los puntales necesarios, determinó que se viniera abajo al estructura y cayeran al suelo, desde una altura de 6 metros, los trabajadores, Onesimo y Luis Alberto.- Como consecuencia de estos hechos, Onesimo sufrió lesiones consistentes en fractura de apófisis trasversas de C5-C7, fractura de arco posterior de C7 y fractura-luxación con retrolistesis de D1, presentando complicaciones posteriores como meningitis posquirúrgica y fistula de LCR; asimismo sufrió policontusiones con herida contusa en scalp en región frontoparietal, dichas lesiones precisaron de tratamiento quirúrgico (dos intervenciones) y médico para su curación, invirtiendo en curar 198 días improductivos, de los cuales 40 días estuvo hospitalizado, quedándole como secuelas: una leve paresia de la raíz C8 izquierda, lo que ocasiona ligera pérdida de fuerza, así como dolor en columna vertebral, con la carga de peso, valoradas ambas en 19 puntos y cuatro cicatrices, de 15 cm en zona interparietal, de 4 cm en región frontoparietal, de 18 cm. en zona cervical media y de 7 cm. en zona cervical anterior derecha, lo que supone un perjuicio estético valorado en 8 puntos.- Luis Alberto sufrió varias contusiones en diversas partes del cuerpo que precisaron para su sanidad de tratamiento médico consistente en antiinflamatorios, relajantes musculares y tratamiento neurológico por intensas cefaleas y mareos, que curaron en 120 días improductivos.- El acusado no tenía contratado seguro de responsabilidad civil para el caso de accidentes.-" FALLO: "Debo CONDENAR Y CONDE NO a Eulalio como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 del Cp, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 7 meses, a razón de una cuota diaria de 12€, con 3 meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; como autor criminalmente responsable de un delito contra la seguridad en el trabajo del art. 316 del Cp, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de constructor durante el tiempo de condena, multa de 8 meses, a razón de una cuota diaria de 12€, con 4 meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y como autor criminalmente responsable de dos delitos de lesiones por imprudencia, del art. 152.1.1º del Cp, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por cada delito, de 4 meses de prisión accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio

pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las costas.- En el orden civil Eulalio indemnizará a Luis Alberto en la cantidad de 7.022 € por lesiones y a Onesimo en la cantidad de 40.485,32 euros, por lesiones y secuelas, con aplicación de los intereses del art. 576 de la LEC."

2.º- Interpuesto recurso de apelación por el Procurador D. José Fernández Muñoz en nombre y representación de Eulalio, impugnado por el Ministerio Fiscal, alegaron como motivos los expuestos en los escritos de apelación e impugnación presentados ante el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Albacete, escritos que se dan íntegramente por reproducidos.

3.º- Tramitado el presente recurso de apelación con arreglo a derecho, se celebró votación y fallo del mismo el día 27 de junio de 2013.

**HECHOS PROBADOS** Se aceptan los de la resolución apelada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**—Se interpone recurso de apelación en nombre y representación de Eulalio contra la sentencia de la Juez de lo Penal n.º 3 de Albacete de 18 de diciembre de 2012, que lo condenó como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 212,2 inciso segundo del Código Penal, de otro contra la seguridad en el trabajo del art. 316 y de otros dos de lesiones por imprudencia del art. 152,1,1.º del mismo cuerpo legal.

El primero de los motivos o argumentos del recurso viene referido a la concurrencia del primero de los delitos. Dice el apelante que el art. 212,2 del Código Penal contiene una ley penal en blanco, que ha de llenarse con la referencia a la disposición legal, el convenio colectivo o el contrato individual en el que consten los derechos perjudicados, suprimidos o restringidos por las condiciones del trabajo sometido al enjuiciamiento, y que en el caso de autos no se hizo en la calificación definitiva referencia alguna a esas normas, de forma que la mención que en la sentencia se hace de un "convenio colectivo" le resulta novedosa, igual que el reproche relativo a la supresión de los derechos a vacaciones, pagas extras y remuneración especial de las horas extraordinarias, cuestiones sobre las que nada se dijo en el acto del juicio.

Examinando el escrito de acusación elevado a definitivo, cuyo relato de hechos se recoge básicamente en el apartado correspondiente de la resolución apelada, se comprueba que en cuanto al delito del art. 312,2 del Código Penal únicamente se menciona que el acusado contrató a los dos ciudadanos bolivianos, carentes de permisos de residencia y trabajo, sin darles de alta en la Seguridad Social, por 60 € al día, aunque en ocasiones no se los pagaba en su totalidad.

No se habla de vacaciones, pagas extraordinarias o falta de remuneración de las horas extras. Tampoco se menciona la norma en la que estos derechos se recogen para los trabajadores de la construcción. Y tampoco se expone como hecho que los trabajadores cobraban 6 € por hora y que trabajaban más de seis horas al día, hecho éste que aparece en el cuerpo de la sentencia con infracción del principio acusatorio, pues no fue objeto de reproche ni en la calificación provisional ni en la definitiva del Ministerio Público.

Mientras que la segunda omisión no se considera determinante, pues puede ser suplida mediante el principio "iura novit curia", no ocurre lo mismo con la primera, pues la existencia y vulneración de esos derechos constituye precisamente el núcleo de la acción típica, que no puede quedar al margen del debate procesal.

Así las cosas, hay que plantearse, de un lado, si la infracción de la obligación de dar de alta en la Seguridad Social a trabajadores extranjeros carentes de permisos de residencia y trabajo encaja por sí sola en el tipo del segundo inciso del art. 312,2 del Código Penal, y de otro, si las condiciones laborales pactadas verbalmente por el acusado con sus empleados según la acusación (salario de 60 € al día) suponen infracción de los derechos reconocidos en la ley, convenio o contrato.

**Segundo.**—Al respecto debe decirse, con la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1471/2005 (Sala de lo Penal), de 12 diciembre, Recurso núm. 1942/2004, Aranzadi RJ 2006\3301, que en cuanto al tipo objetivo, el precepto exige que se trate de un súbdito extranjero y que carezca de permiso de trabajo. Además, que las condiciones en las que se realiza el contrato, siendo indiferente que sea escrito o verbal, perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos laborales. Esta última exigencia típica supone que los efectos perjudiciales para los derechos del trabajador a los que se refiere no son los que necesariamente se derivan del hecho de que el súbdito extranjero carezca de permiso de trabajo, sino que es preciso algo más, es decir, que han de tener su origen en las condiciones del contrato, con independencia de que éstas sean expresas o tácitas.

Y no cabe la menor duda de que la contratación de inmigrantes que carecen de permiso de trabajo supone un riesgo para los derechos de estas personas, pues se pueden encontrar en situaciones de inferioridad para exigir el respeto y la eficacia de aquellos. Sin embargo, el legislador optó, y así lo refleja ahora la Ley, por no considerar suficiente ese dato para configurar este tipo delictivo, sino que a la situación ya directamente derivada de la carencia del permiso de trabajo, añade la exigencia de que las condiciones de la contratación perjudiquen los derechos laborales del trabajador. Dicho de otra forma, no sería delictiva la contratación de un inmigrante sin permiso de trabajo si materialmente sus derechos laborales no se ven afectados por las condiciones del contrato, aunque el sujeto continúe en la misma situación de ilegalidad. Y aunque esa forma de contratación pueda ser sancionada administrativamente.

Si no consta que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para los derechos laborales de los empleados más allá de los derivados del hecho de su situación de ilegalidad, la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social, no puede sostenerse que se haya cometido el delito. En este mismo sentido, la STS núm. 1390/2004, de 22 de noviembre (RJ 2004\8019).

Ha de pasarse, así, al estudio de la segunda de las cuestiones enunciadas. Es decir, si la fijación de una remuneración de 60 € por día trabajado supone una infracción de los derechos reconocidos por ley, convenio o contrato individual a los trabajadores.

Y resulta que según la actualización del Convenio Colectivo Provincial de la Construcción, la remuneración mensual de un peón era para aquéllas fechas de 939,1 €.

Para un trabajo de cinco días a la semana, los empleados del acusado percibían, según el relato de hechos probados de la calificación del Fiscal acogido en la sentencia apelada, unos 1200 € mensuales, lo que equivale, descontando la parte proporcional de pagas extras y el mes de vacaciones, a unos 960 € mensuales en cómputo anual.

No puede decirse, por ello, que esas condiciones de trabajo fueran notoriamente perjudiciales para los trabajadores del acusado.

Así que el recurso debe ser estimado en este punto, con absolución del apelante por el delito del art. 312,2 del Código Penal por el que venía condenado.

**Tercero.**—El segundo motivo del recurso, que se desdobra a su vez en dos, se ocupa del delito del art. 316 del Código Penal.

Dice, en primer lugar el apelante, que su infracción de las normas de seguridad en el trabajo no fue tan intensa como pretende el Ministerio Fiscal, pues entregó algunos elementos de seguridad a sus empleados, como guantes y botas, y arnés a alguno de ellos.

El argumento no convence, pues la ausencia de medidas de seguridad en el caso de autos es casi absoluta. Empezando por el hecho de que la obra ni siquiera contaba con proyecto, siguiendo por la falta de estudio o plan de seguridad y terminando por la falta de medidas tendentes a evitar el riesgo de caída de los operarios o de derrumbe de la obra que edificaban en altura.

Aunque se les hubieran entregado los arneses, cosa que no puede tenerse por probada, al menos en relación con todos los operarios, lo relevante es que no se les facilitó un lugar al que

anclarlos para el caso de que ocurriera un siniestro como el que aconteció. Además, tal y como explicó alguno de los operarios en el juicio, la falta de puntales bajo el forjado que se estaba construyendo, que fue determinante del derrumbe, era una circunstancia conocida y asumida conscientemente por el acusado, que se amparó en la dificultad de encontrar puntales tan altos como los que se requerían, dada la altura de la edificación (6 metros).

En segundo lugar, entiende el apelante que en cualquier caso habría que haberle condenado por el tipo imprudente del art. 317 del Código Penal, y no por la modalidad dolosa. Basa su argumentación en que en el párrafo final del Fundamento Segundo de la sentencia recurrida se califica a su conducta de "negligente", pero omite que a continuación se dice que también fue infractora de las normas de seguridad, de donde se infiere que el primero de los adjetivos va referido a la posibilidad de acaecimiento de siniestros como el ocurrido y de otros posibles, habida cuenta de la ausencia total de medidas de seguridad, ausencia que por su importancia debe considerarse necesariamente consciente.

**Cuarto.**—Cuestiona también la representación del recurrente la condena del mismo por el delito de lesiones por imprudencia afectante a Luis Alberto. La tesis del recurso consiste en sostener que el "tratamiento neurológico por las intensas cefaleas y mareos" que, según el informe del Médico Forense, se aplicó a este lesionado no tiene su origen en el accidente, puesto que no se le causó lesión alguna en la cabeza, y así falta el presupuesto que exige el art. 147 del Código Penal, al que remite el art. 152, con lo que la conducta es impune.

El informe forense al que se refiere el recurrente, que obra al folio 124 de las actuaciones atribuye la necesidad del tratamiento neurológico al accidente. Y además reseña otros tratamientos necesarios después de la primera asistencia facultativa: analgésicos, antiinflamatorios, relajantes musculares, pomadas antiinflamatorias.

No habiéndose practicado prueba pericial contradictoria, ha de estarse a esas conclusiones, de las que resulta, como se ve, la necesidad del tratamiento tras la primera asistencia médica. Por lo que el recurso no puede estimarse tampoco en este punto.

**Quinto.**—El último motivo del recurso se centra en las lesiones sufridas por Onesimo, sobre las que dice que no cabe achacar ninguna responsabilidad al apelante, ya que no infringió la normativa de prevención de riesgos laborales, y facilitó a todos los trabajadores el material preceptivo de protección, cosas que, como se razona en la sentencia apelada y se ha expuesto más arriba, no son ciertas, por lo que tampoco en este punto la apelación puede prosperar.

**Sexto.**—La estimación parcial del recurso lleva a la declaración de oficio de las costas del mismo y de la tercera parte de las del juicio.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLO**

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. José Fernández Muñoz en nombre y representación de Eulalio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Albacete con el n.º 596-12, en fecha 18 de diciembre de 2012, revocamos parcialmente la referida resolución, y absolvemos al apelante del delito del art. 312,2 del Código Penal por el que venía condenado, declarando de oficio las costas del recurso y la tercera parte de las del proceso seguido en primera instancia.

Notifíquese el presente observando lo prevenido en el Art. 248-4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85, de 1.º de Julio.

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada en el mismo día de su fecha, ha sido la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ, estándose celebrando audiencia pública y presente yo, la Secretario de Sala; de lo que certifico. Albacete, a dos de septiembre de dos mil trece.