

EL NUEVO DELITO DE CONTRATAR FALSOS AUTONOMOS. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL



En medio del ruido mediático que ha producido la introducción por vía de enmiendas de la reforma de dos leyes orgánicas, la del Tribunal Constitucional y la del Poder Judicial, paralizada por el Tribunal Constitucional a raíz de un recurso presentado por el Partido Popular, ha pasado desapercibido un aspecto de la **Ley Orgánica 14/2022 de 22 de diciembre**, que supero ayer el trámite ante el Senado, que afecta directamente y de una forma difícil de anticipar, a muchas empresas.

Concretamente se ha añadido un nuevo numeral 2.º en el

artículo 311 del Código Penal, pasando los actuales numerales 2.º a 4.º a ser 3.º a 5.º, con la siguiente redacción:

«2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.»

El artículo 311 quedará, por lo tanto, redactado como sigue: “Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: 1º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. **2º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.** 3º Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de: a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores, b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores. 4º Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro. 5º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las

penas superiores en grado.»

Este cambio, aunque no se haya introducido por vía de enmiendas, tampoco corresponde al título de la Ley que pretende la “transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea.”

Tal como está redactado el nuevo delito plantea varios problemas fundamentales:

1.- Se solapa con la infracción administrativa del artículo 22.2 de la RDL 5/2000, “No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectado”.

Siempre que no se da de alta a un trabajador (se aplique o no una modalidad de contratación alternativa) se incurre en este tipo de infracción. Si hasta ahora el supuesto que ahora pasa a ser penal (“disfrazar” la laboralidad mediante un contrato mercantil) se ha venido sancionando conforme al artículo 22.2, habrá que entender que el tipo administrativo se encuentra subsumido en el penal y que, por lo tanto, la Inspección ya no podrá sancionar en vía administrativa por este concepto y deberá abstenerse a favor del orden jurisdiccional penal. Por otra parte, cuesta entender porque el hecho de no dar de alta a un trabajador merece una reprobación menor que no hacerlo porque, de buena o mala fe, se ha entendido que sus funciones no eran laborales (Cómo puede ser mas grave un incumplimiento total que un cumplimiento incorrecto o inadecuado).

2.- El tipo de la primera conducta, pese al uso de la partícula copulativa “o”, es necesario para la segunda de las sancionadas. Es necesario haber contratado un falso autónomo para poder luego resistirse a su regularización.

3.- Se trata de un delito en blanco puesto que la definición de los requisitos para determinar si la relación es laboral o mercantil hay que hacerla conforme a la Ley y la Jurisprudencia laboral. Si la inspección considera que una empresa ha contratado a un falso autónomo, conforme a unos criterios que siempre serán discutibles, el juzgador penal tiene que aplicar la pena de forma automática o hacer un nuevo enjuiciamiento de la situación aplicando garantías penales, que puede arrojar una conclusión diferente, incurriendo en un posible conflicto de jurisdicciones. Todo este disparate se evitaría cambiando la partícula copulativa de referencia para que el tipo pase a sancionar penalmente de forma exclusiva: A “los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, Y las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.”

Esto encaja, además, mejor con el propósito de la norma que es evitar la resistencia de aquellas empresas que opten por pagar las sanciones en lugar de someterse al criterio de la administración.

Otra opción sería establecer límites cuantitativos de manera que sólo mereciera reprensión penal el uso masivo o sistemático, de esta estrategia (caso GLOVO), como para el tipo del actual apartado 3º, y no el simple caso aislado que **puede llevar a la cárcel a cualquier odontólogo en este país.**

También cabría limitar este supuesto penal a aquellos casos en los que hubiera “engaño o abuso de estado de necesidad” como para el tipo del apartado 1º.

En cualquier caso, mas allá de lo chapucero de la nueva norma, creemos, además, que va en la línea equivocada por varios motivos:

1.- Se ningunea la autonomía del trabajador al que se trata como a un incapaz cuyo consentimiento en el contrato mercantil no es válido. En los medios partidarios de este tipo de medidas (esencialmente los sindicales y nuestro actual Ministerio de Trabajo) se argumenta diciendo que el trabajador se encuentra “coaccionado” para aceptar el contrato mercantil. Que esto es completamente falso se desprende de la situación que se está produciendo entre UBER EAT y GLOVO, que es la auténtica razón de ser de la nueva norma. GLOVO, tras la intervención administrativa y la “Ley Rider”, optó por pagar las multas y mantener su sistema de autónomos, mientras que UBER EATS asumió el criterio de la administración y laboralizó a sus repartidores. No obstante, ante la dificultada de encontrar trabajadores, que prefieren ser autónomos, UBER EATS se está planteando volver a su política anterior. Esta situación ha producido un ataque de nervios en el Ministerio de Trabajo y en los sindicatos, que es el que ha propiciado el nuevo tipo penal.

Además, si éste fuera el caso, la Inspección sólo debería proceder al encuadramiento cuando apreciara la coacción y no en todos los casos. Eliminada la falsa justificación para esta doctrina administrativa sobre los falsos autónomos, nos queda la auténtica razón: **incorporar a la mayor cantidad posible de operadores económicos a un marco (el laboral) que resulta más fácil de controlar por la administración a través de las**

correos de transmisión sindicales. En otras palabras, **facilitar el control social**, como finalidad obsesiva por parte de nuestra partitocracia patria.

2.- Va en la dirección contraria a la evolución de los modelos de producción. En la actualidad un individuo con un ordenador, el software adecuado, conexión a internet y su propio conocimiento, constituye ya en algunos sectores como el tecnológico una auténtica unidad de producción (una empresa), que interviene en el mercado intentando optimizar sus ingresos económicos y sus costes personales. Esta optimización es más fácil de conseguir mediante fórmulas mercantiles abiertas que mediante las fórmulas laborales clásicas. Querer obviar este hecho sólo conduce al desaliento. En este contexto, la estrategia correcta, en nuestra opinión, **si de verdad se deseara proteger a los trabajadores, sería la de homologar la protección de los autónomos a la de los trabajadores de régimen general.**

Alberto Berdión Osuna
Socio director

**EL COVID 19 Y EL DELITO
CONTRA LA SEGURIDAD EN EL**

TRABAJO



La omisión de medidas preventivas contra el Covid 19 puede ser un delito contra los trabajadores

Que la protección de los trabajadores frente al COVID 19 forma parte de la actividad de prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995 de 8 de noviembre de PRL) resulta palmario desde la publicación el 18 de marzo pasado de la “Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus”. En esta guía y con apoyo en el artículo 21 de la LPRL, se establecían obligaciones a cargo de las empresas, que alcanzaban, incluso, al cierre o suspensión de la actividad si fuera necesario (por la empresa o por la Inspección de Trabajo conforme al artículo 44 de la LPRL). Con posterioridad, el 11 de mayo, se publicó la guía de buenas prácticas en los centros de trabajo que obligaba a las empresas a: 1) Informar al personal de las recomendaciones sanitarias a seguir de forma individual, 2) Proveer al personal de los productos de higiene necesarios, 3) Tener el material de limpieza para acometer tareas de higienización reforzada a diario, 4) Contar con

guantes y mascarillas para el personal más expuesto, 5) Realizar un plan de contingencia, determinando el nivel de exposición de los diferentes puestos de trabajo, 6) Desarrollar un protocolo de actuación para minimizar el riesgo de contagio en el centro de trabajo, incluyendo las actuaciones a realizar si un trabajador presentara síntomas (mamparas y/o distancia de seguridad en los puestos de trabajo, normas de uso de las zonas comunes, teletrabajo total o parcial, cuarentenas...).

En conjunto y desde un punto de vista de cumplimiento normativo ("compliance"), *resulta recomendable desarrollar un protocolo específico de COVID 19 con las medidas organizativas para reducir el riesgo y los medios que a este objeto aporta la empresa, dejar constancia de que el mismo ha sido comunicado a los trabajadores e instar a los servicios internos o externos de prevención a que desarrollen un **anexo al Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa.***

No obstante, la cuestión que nos planteamos en este post es si, efectivamente, la falta de adopción de estas u otras, medidas, puede constituir, además de una infracción laboral, **un delito contra la seguridad de los trabajadores tal y como los tipifican los artículos 316 y 317 de nuestro Código Penal.**

Estos artículos castigan a quien:1) Teniendo la obligación legal de facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, 2) No facilite tales medios necesarios, 3) Infringiendo con ello una norma de prevención de riesgos laborales, 4) Poniendo en grave riesgo la vida, salud o integridad física de tales trabajadores.

En nuestra opinión queda bastante claro que todas estas circunstancias concurren en el caso de una empresa que no realice ninguna actividad preventiva específica frente a la COVID 19. La gravedad del riesgo resulta evidente (es un hecho notorio) por el número de muertos que se han producido hasta la fecha, así como por las secuelas sobrevenidas en algunos casos. La obligación de prevención, los medios para evitar el riesgo y la infracción que supone su omisión, son los ya

descritos. Se trata de un delito de riesgo de manera que ni siquiera es necesario que se produzca la enfermedad bastando la situación de riesgo grave. Si, además de la situación de riesgo grave, se llegara a producir un efectivo daño en la persona del trabajador, se podría imponer un castigo conforme a tal resultado de manera que, si se produce un contagio que exija tratamiento médico, más allá de la simple vigilancia o seguimiento, se podría imputar al empresario la comisión de un **delito de lesiones por imprudencia grave** (artículo 152.1 del CP) o por imprudencia menos grave (artículo 152.2 del CP) y si el contagio llega a producir el fallecimiento del trabajador, se le podría llegar a imputar la comisión de un delito de **homicidio por imprudencia grave** (artículo 142.1 del CP). En tales casos, la empresa también tendría que asumir, como responsabilidad civil, el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Una cuestión que habría que plantearse es si la imposibilidad de poner los medios (por ejemplo, por la falta de mascarillas o de pruebas diagnósticas) funcionaría como una eximente de la responsabilidad penal (artículo 20 CP). A falta de que se produzcan resoluciones judiciales sobre este asunto, la respuesta tiene que ser que no, ya que al empresario, como alternativa, le hubiera cabido la posibilidad de suspender la actividad. Pero, ¿Qué pasa en el caso de empresas y administraciones públicas que gestionan servicios sanitarios que no pueden ser cerrados, sin causar un mal mayor? Esta es una cuestión que ya se ha suscitado por parte de los médicos y enfermeras de la Sanidad Pública, que se han visto obligados a trabajar sin los equipos de protección necesarios, sufriendo una incidencia de muertes y secuelas desproporcionada respecto de la de la media de la población. En este caso, resulta evidente la concurrencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración, que podrá ser instada, en cualquier caso, por la vía contencioso administrativa, pero no tenemos tan claro que se vaya a apreciar, además, una responsabilidad penal por culpa o negligencia. Habrá que esperar a que se produzcan los primeros pronunciamientos.

Alberto Berdi3n Osuna
Socio Director