



Roj: **STS 3389/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3389**

Id Cendoj: **28079120012017100655**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2017**

Nº de Recurso: **1789/2016**

Nº de Resolución: **639/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1059/2016,**
STS 3389/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 28 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación 1789/2016, interpuesto por D. Martín y D. Rodrigo, representados por la procuradora D^a. Begoña Uriarte González, bajo la dirección letrada de D. Carlos Cuartero Bernal, y por D. José María, D. Juan Alberto y D. Apolonio representados por la Procuradora D^a. Natalia Martín de Vidales Llorente y bajo la dirección letrada de D. Carlos Javier Gimenez Villanueva contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1^a Rollo 24/2016). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y los recurrentes reseñados de los recursos presentados de contrario.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a **Ana María Ferrer García**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 9 de los de Zaragoza, instruyó Diligencias Previas con el número 2044/2014 contra D. Rodrigo y D. Martín, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1^a, rollo 24/2016) que, con fecha 11 de julio de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS:

«Los acusados, Rodrigo, y su hijo, Martín, mayores de edad, sin antecedentes penales, que se dedican al sector agropecuario, a través de la sociedad civil Sahún Hermanos, de la que también formaba parte un hermano de Rodrigo, ya jubilado, que no es acusado. En distintas fechas Sahún Hermanos S.C. contrató a José María, a Juan Alberto y a Apolonio, de nacionalidad marroquí, para realizar la actividad de pastoreo en el municipio de Torres de Berrellén. Estos debían de hacerse cargo de un rebaño de 1600 ovejas y algo más de 100 cabras.

José María fue contratado mediante contrato de trabajo en origen (Marruecos) por resolución favorable de 22 de noviembre de 2007, comenzando a trabajar en febrero de 2008, deviniéndose posteriormente el contrato en indefinido.

Juan Alberto fue contratado desde el 16 de octubre de 2008 deviniendo el contrato en indefinido. Actualmente esta despedido por formalización de ERE.

Apolonio fue contratado para obra o servicio determinado en fecha 12 de enero de 2012 durante seis meses y tras un periodo de tiempo volvió a ser contratado. Actualmente se encuentra despedido por ERE.

Los citados trabajadores no disfrutaban del preceptivo descanso semanal, si bien se les daban 30 días de vacaciones al año. Los trabajadores aceptaron trabajar sin descanso semanal debido a su situación: inmigrantes de nacionalidad marroquí, desconocedores del idioma, sin recursos económicos y bajo nivel



cultural, con interés en obtener los oportunos permisos de residencia, aparte de la dificultad general de cualquier trabajador no especialmente cualificado para encontrar otro trabajo con el que subsistir.

Los denunciados vivían en una parte de la paridera del ganado, compuesta por tres estancias, que sirven de dormitorios, sin agua corriente, ni sanitarios, ni cocina independiente, careciendo el recinto de las exigibles condiciones de higiene y salubridad, estando el recinto cuando fue visitado por la inspectora de trabajo con los suelos y accesorios sucios y con mal olor. Los trabajadores disponían de una ducha de plato, primero con agua fría y posteriormente también con agua caliente, al fondo del corral y tomaban el agua de un pozo allí existente. No consta, sin embargo, debidamente acreditado que los acusados obligaran a Jose María , a Apolonio y a Juan Alberto a vivir en la paridera, ni que les cobrasen por ello cantidad alguna, si bien les permitían y les ofrecían que se alojaran en la misma. Los acusados recibían un salario de unos 800/900 euros al mes; Jose María por ingreso bancario y los otros en metálico. Apolonio , cuando contrajo matrimonio, dejó de vivir en la paridera y el acusado Rodrigo le arrendó una vivienda de su propiedad, descontándole del sueldo el precio alquiler.

En fecha 27 de diciembre de 2013 Jose María denunció ante la Guardia Civil de Alagón al acusado Martin por agresión a su persona, manifestando que tras una discusión con éste, le había agredido, cayendo al suelo y lastimándose la espalda. En virtud de tal denuncia el acusado fue condenado en sentencia firme del Juzgado de Instrucción nº 10 de Zaragoza de 14 de abril de 2014 como autor de una falta de lesiones a Jose María . En los hechos probados de la sentencia se indica que cuando Jose María solicitó un día libre por Navidad al citado acusado que éste le contestó "aquí no hay festivos, aquí el que manda soy yo y si no quieres trabajar vete a tomar por el culo", llegándole a golpear a la altura del hombro que lo que le hizo caer al suelo.

Los citados trabajadores presentaron denuncia ante la Inspección de Trabajo en relación con la condiciones de vida y de trabajo que tenían y el 24 de enero de 2014 la inspectora de trabajo acompañada de la Guardia Civil giró visita a la paridera, sita en Camino Entre Muros, diseminado, en Torres de Berrellén, levantando, por una parte, cuatro actas por cuatro infracciones graves en materia de riesgos laborales (ausencia de condiciones de higiene y limpieza en el lugar de trabajo, falta del servicio de prevención, falta de evaluación de riesgos laborales y falta de evaluación de la salud de los trabajadores, con propuesta de sanción económica en grado medio) y, por otra parte, otra acta en materia de relaciones laborales con propuesta de sanción máxima por no respetar los descansos semanales, ni las vacaciones de los trabajadores. La Inspectora remitió informe al Ministerio Fiscal por si los hechos expuestos pudieran ser constitutivos de delito contra los derechos de los trabajadores.

En fecha 26 de mayo de 2014 los trabajadores presentaron denuncia ante el Juzgado de Instrucción de Zaragoza por la forma en que venían desarrollando su trabajo denunciando largas jornadas, sin festividad semanal, y la obligación de vivir en una pequeña paridera sin condiciones de salubridad y habitabilidad. »

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«CONDENAMOS a Martin y a Rodrigo como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de multa de SEIS MESES con una cuota de 10 euros día y al pago de las costas procesales, incluidas la mitad de las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Jose María en la cantidad de 13.372,8 euros, a Juan Alberto en la cantidad de 12.274,32 euros y a Apolonio en la cantidad de 4.680,48 euros, más intereses legales.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de los recurrentes D. Martin y D. Rodrigo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 852 LECrim en relación con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración de los artículos 24.2 y 25.1 CE .

2º.- Renuncia al segundo motivo, designado como B) en su escrito.

3º.- Al amparo del artículo 852 LECrim por infracción del artículo 24.2 en relación con el artículo 53.1 CE .

4º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción del artículo 311.1 CP .



5º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1.3 en relación con el artículo 852 LECrim y 24.2 CE .

6º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de los artículos 109 , 110.3 y 116 CP .

7º.- Renuncia al desarrollo del motivo.

Motivos de D. Rodrigo :

8º.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba.

9º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infracción de los artículos 28 , 31 y 318 CP .

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación de los recurrentes D. Jose María , D. Juan Alberto y D. Apolonio se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Único.- Por infracción de Ley del artículo 849.2 LECrim .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 22 de marzo de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala sentenciadora consideró acreditada la comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el art. 311.1 CP . Los hechos arrancan de la contratación en una explotación agropecuaria de tres personas de nacionalidad marroquí para desempeñarse como pastores. Establecen su alojamiento en una paridera de ganado, si bien en la estimación probatoria de la Sala no fueron obligados a ello: consintieron. Los acusados no respetaban su descanso semanal. Tenían que trabajar todos los días salvo el periodo vacacional anual de 30 días. Esas condiciones les vinieron impuestas. Si se sometieron a ellas fue por razón de su condición de inmigrantes, desconocedores del idioma, carentes de recursos económicos y con un nivel cultural bajo. La necesidad de obtener el permiso de residencia, combinada con la dificultad general para cualquier trabajador no cualificado de acceder a otro empleo con el que poder subsistir determinó que asumiesen ese calendario laboral contrario a la normativa.

La sentencia impone la pena mínima prevista en el art. 311 al tiempo que fija una indemnización en favor de los trabajadores calculada en atención a los días festivos trabajados, excluidos los 30 días de vacaciones. El módulo son 8 horas de trabajo día a 5,97 euros la hora.

Se absuelve del delito del artículo 316 por el que también habían sido acusados.

Interponen recurso de casación tanto los acusados como los tres trabajadores víctimas constituidos en acusación particular.

SEGUNDO.- El recurso de la acusación viene integrado por un único motivo amparado en el artículo 849.2 LECrim . Esa simple mención deja entrever una deficiencia procesal: el artículo 849.2 LECrim - *error facti*- jamás puede ir en solitario. Necesita la compañía de un motivo por infracción de ley del número 1º del mismo precepto. Es el artículo 849.2 un motivo siempre instrumental, es decir al servicio de otra pretensión: el error en la apreciación de la prueba ha de tener una repercusión en la subsunción jurídica que necesariamente habrá de hacerse valer de forma independiente aunque enlazada a través del artículo 849.1. Un error de hecho que no conduzca a un error de derecho es inocuo desde la óptica casacional. La incorrección técnica puede ser, en todo caso, subsanada conforme al principio del *favor actionis* (artículo 11.3 LOPJ). El desarrollo argumental del motivo permite identificar sin dificultad cuál es la petición de fondo que debería anudarse a la alteración del hecho probado que se postula: un incremento de las indemnizaciones.

No obstante el motivo no puede ser acogido por varias razones que pasan a exponerse.

Pretenden los recurrentes enriquecer el relato fáctico incluyendo la obligación -que se arguye que se les impuso- de vivir en la paridera, así como que se les cobraba por ello; y, además, que se especifiquen las horas de trabajo diario siguiendo las manifestaciones de las víctimas y otros testigos.

La Audiencia de forma expresa y motivadamente proclama en su sentencia que tales hechos no han resultado probados.

La variación del hecho probado corrigiendo el criterio de la Audiencia exige el apoyo de prueba documental literosuficiente. En tal sentido se designan en el escrito de preparación como documentos acreditativos del



error varias declaraciones y el informe de la Inspección de Trabajo. Esa base habilitaría para dar por acreditado el exceso de horas de trabajo diario con la consiguiente repercusión en las indemnizaciones.

A partir de la jurisprudencia constitucional, tributaria de la del Tribunal de Estrasburgo, sobre la imposibilidad de modificar los hechos probados *contra reo* en vía de recurso si el órgano *ad quem* no percibe por sí directamente la prueba que se quiere hacer valer (lo que sería exigencia tanto del principio de inmediación, como en alguna medida también del derecho de defensa), la operatividad del artículo 849.2 para ser blandido en casación por las acusaciones ha quedado muy mermada. Ni consiente la casación una audiencia directa de los acusados; ni existe habilitación legal para la reproducción de pruebas. La conclusión, ya afirmada en varias ocasiones por la jurisprudencia, es que una sentencia absolutoria no podrá ser convertida en condenatoria en casación (ni una condenatoria agravada) por razones probatorias (artículo 849.2 LECrim). A lo más, podría llegarse a la anulación de la sentencia basada en la arbitrariedad de la valoración de la prueba.

Podríamos en una primera aproximación entender que nos hallamos ante tal supuesto: la acusación invoca el artículo 849.2 para lograr una mutación del hecho probado que empeora la situación de los acusados. Sin embargo hay un matiz importante que nos permitirá sortear esta objeción que de hecho es sugerida como tal óbice en el informe del Fiscal. La modificación del hecho probado tiene repercusión básicamente en los aspectos civiles de la condena. Al moverse en una dimensión estrictamente civil, sin trascendencia alguna en el plano sustantivo de derecho penal, no rige esa rigurosa doctrina. Ya se ha realizado tal afirmación en alguna jurisprudencia reciente (STS 184/2017 de 23 de marzo). Los aspectos puramente civiles de la sentencia quedan al margen de esa consolidada y conocida jurisprudencia nacional y supranacional. Saltan a la vista las razones de ello en cuanto se profundiza en los fundamentos de esas limitaciones. Baste recordar ahora que la acción civil dimanante de delito no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal: es materia civil. No tendría sentido que si fuese reservada por el titular para un procedimiento civil ulterior los condicionantes de un eventual recurso se rigiesen por principios estructurales opuestos o, al menos, divergentes en puntos esenciales. La distinta vía procesal no altera la naturaleza de la pretensión.

Por tanto: no hay inconveniente para, a través del artículo 849.2 de la Ley procesal y siempre que se respeten todas las exigencias de ese cauce, alterar el hecho probado en contra del reo si la cuestión empeñada es de naturaleza puramente civil y no afecta a la subsunción jurídico-penal.

Pero, pese a ello, el motivo es inviable.

De un lado, las declaraciones personales en ningún caso son documentos a los fines del artículo 849.2 LECrim , sino pruebas personales que no varían su naturaleza por el hecho de incorporarse documentadas a la causa. La jurisprudencia que avala esta afirmación es tan prolija, constante y nutrida, que nos sentimos disculpados se su cita.

Por otra parte, el informe de la Inspección de Trabajo (folios 6 a 11 y 144 a 147) tampoco en este caso acredita error alguno. Recoge la denuncia; pero no constata indubitadamente el hecho alegado de que trabajaran "de sol a sol". Y en esos extremos tampoco es propiamente prueba documental: son apreciaciones de la Inspección basadas en pruebas personales, y no prueba documental en rigor.

Faltando por tanto la base insoslayable de un motivo por infracción de ley del artículo 849.2 LECrim -un documento literosuficiente no contradicho por otras pruebas- pierde todo sustento la pretensión de los recurrentes y se vienen abajo los complicados, voluntaristas y minuciosos cálculos volcados en el recurso de la acusación, fijando las horas de luz diarias por periodos, para derivar de ahí horas laborales adicionales a las ocho diarias tomadas en consideración por la Audiencia para fijar las indemnizaciones.

TERCERO.- El recurso de los condenados comienza con un alegato reproduciendo la cuestión previa planteada en el juicio oral que buscaba cobijo en la institución de la cosa juzgada material para impetrar la absolución.

No hay duda de la viabilidad de esta alegación tal y como se desprende de los artículos 676 y concordantes LECrim . Rechazada la petición en el juicio oral, puede reproducirse el alegato en casación, sin que quepa una impugnación autónoma de tal decisión: ha de acumularse la discrepancia a las demás que puedan albergarse para hacerla valer en un único y conjunto recurso contra la sentencia, mecanismo este último idéntico al previsto para el procedimiento ordinario cuando se rechaza el artículo de previo pronunciamiento.

La peculiaridad que surge en este caso es que la cuestión había sido ya planteada en fase de instrucción y desestimada también por la Audiencia que por vía de recurso conoció de la resolución desestimatoria confirmándola. En efecto, el incidente promovido por la defensa interesando el archivo por cosa juzgada fue resuelto por auto del Instructor de 22 de septiembre de 2014 (folios 166 a 168) recurrido y confirmado luego por Juzgado y Audiencia (folios 187 y 188 -reforma-; folios 204 a 206 -apelación-). Ello ha permitido a la Audiencia obviar toda argumentación en la sentencia.



Hubiera sido, más que aconsejable, procedente, tal y como apunta el Ministerio Fiscal, un pronunciamiento expreso al enjuiciar que bien podría haber consistido en reiterar argumentos anteriores. Procesalmente la defensa estaba legitimada para suscitar nuevamente la cuestión y exigir una respuesta.

Pero el silencio ciertamente no correcto de la Sala de instancia queda subsanado por la remisión a la previa decisión de la Audiencia donde aparecen las razones del rechazo de ese alegato defensivo. Esas razones, por otra parte, pueden compartirse como analizamos seguidamente.

Reflejemos primeramente las vicisitudes procesales:

a) Se incoaron diligencias por unas lesiones (que quedan recogidas también en el relato de hechos de la sentencia combatida). El parte de lesiones se recibió en el juzgado de instrucción nº 10.

b) Por su parte la guardia civil levantó un atestado en virtud de denuncia. Los denunciados hicieron referencias claras a sus condiciones laborales. Se detuvo a uno de los ahora acusados y se le tomó declaración como imputado por un delito contra los derechos de los trabajadores. El atestado fue recibido en el juzgado nº 11 que lo remitió para acumulación al 10. Al incoar las diligencias judiciales el Instructor alude a las tipificaciones recogidas por la Guardia Civil -lesiones y delito contra los derechos de los trabajadores-. Sin embargo, en la fundamentación jurídica solo se mencionan las lesiones. El juzgado 10 al recibir las actuaciones alude en exclusiva a las lesiones y declara los hechos falta (auto de 10 de enero). Es muy significativo y decisivo que no exista pronunciamiento alguno de sobreseimiento o archivo sobre la supuesta infracción contra los derechos de los trabajadores, ni explícito ni implícito. No existía una falta con esa denominación. Es claro que ese posible objeto procesal fue orillado o apartado *de facto*. El procedimiento culminará con una sentencia condenatoria por falta de lesiones contra uno de los luego acusados. Los hechos probados de la sentencia datada el día 11 de abril de 2014 no recogen nada relativo a las condiciones laborales, fuera de una referencia puramente marginal concomitante al hecho objeto de enjuiciamiento integrado exclusivamente por la agresión e intercambio verbal: «aquí no hay festivos, aquí el que manda soy yo y si no quieres trabajar vete a tomar por culo.., momento en que se produce la agresión». Los hechos se producen entre Jose María y Martin quien resulta condenado por una falta del art. 617.1 y absuelto de la falta de amenazas.

c) En cuanto a la presente causa, fue incoada en virtud de denuncia de los tres perjudicados presentada el 26 de mayo de 2014 ante el Juzgado de instrucción nº 9 de Zaragoza por presuntos delitos de los artículos 311 y 316 CP, dando lugar a las Diligencias Previas 2044/14. Se alude a la agresión sufrida por Jose María al intentar mediar para que los ahora acusados les reconociesen el día 25 de diciembre como festivo (hechos determinantes de los procedimientos aludidos en los dos apartados anteriores luego unificados). Se dice que se aporta la sentencia que, sin embargo, no consta unida aunque es patente que se está aludiendo a la sentencia recaída en el juicio de faltas indicado. Se explica que también se había denunciado la situación laboral ante la Inspección de Trabajo acordándose sancionar a la empresa y remitir informe al Fiscal (folios 6 a 11). El informe es enviado en fecha 3 de junio al Juzgado, al tiempo que se señala su simultánea remisión al Fiscal, lo que no se había hecho hasta el momento (folio 36).

La excepción de cosa juzgada fue ya articulada, como se ha dicho, en fase de instrucción mediante un escrito obrante al folio 90 y fechado el 8 de julio de 2014. Se alegaría entonces y se reitera ahora que la denuncia de los tres trabajadores ante la guardia civil abarcaba el sometimiento a unas condiciones de trabajo ilegales tal y como se desprende del atestado confeccionado por la Guardia Civil de Alagón el 27 de diciembre de 2013.

Es verdad que inicialmente estaba incluido en el objeto de aquel procedimiento incoado esa supuesta infracción. No puede discreparse de los recurrentes en este punto. Pero, de forma correcta o incorrecta, acertada o más probablemente desafortunada, lo que está claro es que esos supuestos hechos no han sido objeto de enjuiciamiento ni pronunciamiento alguno. Ni explícito ni implícito. Fueron indebidamente excluidos y olvidados. No puede haber por tanto cosa juzgada porque no existe una resolución judicial en la que se decida sobre el carácter delictivo o no de esos hechos o sobre su acreditación o, por el contrario, falta de probanza. Ni siquiera un sobreseimiento provisional que, además, de haberse producido, carecería de fuerza de cosa juzgada. El olvido tácito procesal no es equiparable a las resoluciones con eficacia de cosa juzgada (autos de sobreseimiento libre o sentencias definitivas).

No puede haber cosa juzgada, porque nada se había *juzgado* sobre la situación laboral de denunciados. Las diligencias del Juzgado 10 que terminan en juicio de faltas por lesiones, se refieren en exclusiva a lo sucedido entre Jose María y Martin. No hay identidad subjetiva ni objetiva respecto de este procedimiento. La titulación del atestado policial no define el objeto procesal. Y no hay ni una sola resolución dictada por un Juez -y por tanto que hubiese podido ser recurrida- que valore esos hechos y decida bien que no eran constitutivos de delito, bien que no existían indicios y que, por tanto, acordase el sobreseimiento respecto de ellos.



Puede aceptarse la secuencia procesal minuciosa y cuidadosamente expuesta en el escrito de recurso. Pero no la conclusión que se quiere extraer: que se haya conocido de unos hechos en un procedimiento, pero que de forma seguramente improcedente, tácita o implícitamente, hayan sido excluidos del proceso que quedó limitado a otros hechos vinculados (en este caso las lesiones y supuesta amenaza) no es asimilable a una resolución con fuerza de cosa juzgada. No podemos admitir la figura del sobreseimiento libre implícito presunto o tácito.

Hay en efecto una denuncia incorporada al atestado que es judicializada. Pero no existe un enjuiciamiento ni final (sentencia) ni anticipado (sobreseimiento) sobre la infracción relativa a las condiciones laborales. Tan solo se han enjuiciado los hechos ceñidos al incidente que acabó con las lesiones. Ciertamente la imputación sobre los hechos ahora enjuiciados quedó en el "limbo" -según plástica expresión de los recurrentes-. Eso no fue correcto. No reaccionaron ellos exigiendo un pronunciamiento expreso al respecto; ni tampoco los denunciadores pudieron alegar nada, pues nada se les comunicó en relación a ese "olvido", sencillamente porque ninguna decisión se tomó susceptible de ser impugnada o discutida por ellos. Ese silencio, por más que sea irregular procesalmente, no tiene eficacia de cosa juzgada material, como tampoco la tendría un sobreseimiento provisional, que, además, hubiera y debiera haberse dejado sin efecto a la luz de los elementos incorporados al informe de la Inspección de Trabajo.

No hay un *bis in idem* procesal, porque no ha existido más que un enjuiciamiento. Han habido, si se quiere, dos denuncias. También dos procesos. Pero solo una decisión judicial. Declarar falta las lesiones no significa como quiere creer voluntariosamente el recurso declarar que el resto de los hechos no son constitutivos de delito y que, por tanto, se dictaba un sobreseimiento libre material ¡tácito! del artículo 637.2 LECrim en cuanto al supuesto delito contra los derechos de los trabajadores.

El motivo no puede ser acogido.

CUARTO.- Es la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) el derecho invocado en el segundo de los motivos (motivo D según la ordenación de los recurrentes) a través del cauce que habilita el artículo 852 LECrim .

Sostiene el recurso que no hay prueba suficiente en cuanto que las declaraciones de las víctimas no reunirían los presupuestos básicos para poder desactivar esa presunción interina de no culpabilidad. Son personas interesadas en el proceso, como demuestran sus reclamaciones lo que los convierte en poco creíbles. Además, se arguye, no existirían elementos sólidos corroboradores de sus manifestaciones, carácter que no sería predicable de los testigos aportados. Con diversos argumentos se cuestiona el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo. Se alega asimismo que la Sala incurre en conclusiones ilógicas al dar crédito a algunas manifestaciones de las víctimas y no a otras. En definitiva se niega que exista prueba sobre dos de los elementos típicos del artículo 311 CP : a) que se privase del descanso semanal; y b) que se hiciese aprovechando una situación de necesidad.

Como sostiene la Fiscal, la existencia de reclamaciones de los denunciadores frente a sus patronos no excluye por sí la veracidad de su testimonio que cuenta con una corroboración testifical que demuestra la ausencia de descanso semanal. Documentalmente queda también constancia de la credibilidad de las manifestaciones de las víctimas en cuanto a su condición en España. No hay razones para dudar de sus alegaciones, congruentes con la situación social, sobre su vulnerabilidad: condición de inmigrantes, temerosos de no poder establecerse definitivamente, con desconocimiento del idioma y desarraigados en el país.

Las declaraciones de los testigos son divisibles: el hecho de que por razones que la Sala explica considere acreditados algunos de sus aspectos y no otros no es ilógico. Las manifestaciones de otros testigos apuntalan la veracidad de las declaraciones de las víctimas. La condición de intérprete voluntario de los demás que en diversos momentos asumió uno de ellos tampoco es suficiente para descalificar su testimonio. Es sabido además que el debate sobre la credibilidad de los testigos que se plantea en el recurso desborda lo que puede ser discutido y fiscalizado en casación.

Por otra parte la línea argumentativa que se ensaya ligada a las características peculiares del trabajo desarrollado casa mal con las manifestaciones de acusados y testigos. No hablan ni unos ni otros de adaptación de los horarios como consecuencia del tipo de actividad, sino de negación pura y llana del descanso semanal; o rechazo tajante de esa imputación.

La sentencia contiene una suasoria motivación fáctica que da razón de las pruebas que alimentan su convicción. Los argumentos esgrimidos por el recurso (credibilidad testigos) podrían desempeñar un papel en la instancia, pero son ajenos al ámbito de lo revisable en casación.

Dirá la sentencia: «En cuando al requisito del abuso de la situación de necesidad, resulta de diversos factores acreditados por las manifestaciones de los denunciadores corroborados por la documental aportada: los denunciadores son inmigrantes de -nacionalidad marroquí, carecen de instrucción o de especial preparación,



gran dificultad con el idioma, tenían interés en obtener o renovar sus permisos de residencia y en seguir trabajando para obtener ingresos y vivían en una paridera que no reunía las condiciones normales de habitabilidad. Jose María manifestó que lo trajeron de Marruecos, que no sabía leer ni escribir y que le llevaban los acusados en coche para la renovación de los permisos y para poner la huella. Los demás igualmente manifestaron que carecían de instrucción, dificultades con el idioma, necesidad de trabajo para renovar el permiso, manifestaciones totalmente verosímiles y no discutidas. Apolonio manifestó que al principio estuvo trabajando ocho meses sin papeles con la promesa de que le contratarían y que con el contrato consiguió el permiso de residencia permanente.

En cuanto a acreditación de la ausencia de descansos semanales. Los denunciados han manifestado a lo largo del procedimiento y en el acto del juicio, que si bien tenían 30 días de descanso al año, trabajaban todos los días, sin descanso semanal. Consta que los trabajadores denunciados denunciaron ante la Inspección de Trabajo falta de vacaciones y falta de descansos semanales. Sin embargo, se estima que en cuanto a la denuncia por no disfrutar de vacaciones hubo un mal entendido, ya que los denunciados actuaron ante la inspección de trabajo con traductor, Santiago, y este indicó en el juicio le manifestaron siempre que trabajaban todos los días, pero que tenían 30 días de vacaciones. La inspectora de trabajo en el acto del juicio admitió que pudo haber un error de interpretación y que por ello levanto acta por las dos infracciones (falta de vacaciones y descansos semanales), proponiendo sanción en grado máximo.

El trabajador Juan Alberto manifestó en el juicio que no tenían día de fiesta y el trabajador Apolonio manifestó que trabajaba todos los días, que estaban todos los días en el campo, incluso cuando llovía, que se protegían, que solo tenían un mes de vacaciones y que "no sabían de sábados y domingos". Los acusados negaron que los denunciados no tuvieran descanso semanal, alegando uno de ellos que "se turnaban entre ellos", pero no explicaron como se organizaba el descanso semanal de los trabajadores y, por otra parte, la inspectora de trabajo, indicó que no había un calendario laboral. Consta acreditado por prueba documental que el día 25 de diciembre de 2013 se produjo un incidente entre el trabajador Jose María y el acusado Martin en el que aquel le reclamaba su derecho al descanso semanal, pues era el día de navidad.

Por otra parte, hay testigos que comparecieron al acto del juicio que vienen a corroborar el hecho de que los denunciados no disfrutaban de descanso semanal. El testigo Santiago manifestó que los denunciados trabajaban también los sábados y los domingos, que así se lo decían y que Jose María bajaba a comprar el pan a su establecimiento todos los días de la semana con la ropa de trabajo. El testigo Abelardo indicó en el juicio que iba a visitar a veces a Jose María y que este no podía salir. El testigo Cayetano manifestó que sustituía a cada uno de los denunciados cuando se marchaban de vacaciones y que trabajaba todos los días, sin descanso semanal».

No hay razones para tachar de arbitraria, inmotivada o ilógica, caprichosa o huérfana de sustento probatorio la convicción de la Sala lo que hace decaer el motivo por presunción de inocencia.

QUINTO.- Con apoyo en el artículo 849.1 LECrim se alega, en un extenso motivo en buena parte inspirado en el voto particular que acompaña a la sentencia, que no puede considerarse abuso de necesidad lo descrito en el hecho probado: podían los denunciados acceder al paro. Se invoca alguna jurisprudencia que avalaría su estimación: no hay abuso de una situación de necesidad que ha de ser entendida en los términos hoy fijados en el artículo 177 bis. Finalmente se denuncia que la sentencia no destaque el necesario elemento subjetivo.

Recordemos primeramente alguna jurisprudencia que aproxima al tipo penal por el que recae la condena.

El más moderno de los pronunciamientos es la STS 247/2017 de 5 de abril que con afán didáctico proporciona una panorámica dogmática de tal tipicidad que resulta de enorme utilidad:

«Los delitos contra los derechos de los trabajadores suponen una de las modificaciones fundamentales en la regulación que introdujo el Cpenal 1995 en el Título XV, título de nueva creación, que carecía de precedentes en la regulación penal anterior, si bien existían algunas figuras aisladas destinadas a tutelar los derechos de los trabajadores.

El precedente más claro del actual art. 311 Cpenal se encuentra en el llamado "delito social" incluido en la Reforma de 15 de Noviembre de 1971 que introdujo el art. 499 bis que permaneció sin modificación hasta el vigente Cpenal de 1995.

Con mejor criterio el Código vigente ha agrupado en el título citado todos los ilícitos penales que tratan de proteger los derechos de los trabajadores, vertebrándose todo el título alrededor de las siguientes notas:

a) Se parte de la existencia de una determinada clase social: los trabajadores por cuenta ajena que intervienen en el mercado de trabajo en condiciones de inferioridad respecto de los empleadores. No hay que olvidar que el



contrato de trabajo descansa sobre una situación asimétrica, porque el empleador/empresario se encuentra en una situación más fuerte que el trabajador/empleado.

b) Por lo tanto los titulares de los derechos protegidos con los tipos delictivos que integran el Título XV son el conjunto de ciudadanos trabajadores. Se está ante un objeto de tutela unitario, sin perjuicio de que concretos tipos delictivos concedan una específica protección inmediata a alguno de esos derechos.

c) En relación al deslinde de las infracciones administrativas de los ilícitos penales sin perjuicio de reconocer que en ocasiones podrán existir dudas acerca de si la conducta es constitutiva de infracción administrativa o ilícito penal, los criterios de deslinde deben de partir de los principios de fragmentariedad y mínima intervención de la respuesta penal, lo que conduce a una interpretación restrictiva cuando el ilícito penal no se diferencie del administrativo, por ello el Código no admite la comisión imprudente de estos delitos salvo el discutible caso del art. 316 en relación al 317 relativo a la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, supuesto en el que se admite la comisión imprudente de un delito de peligro.

d) En relación a los sujetos activo y pasivo de estos delitos, se considera que se está ante delitos especiales propios. Es decir solo pueden ser cometidos por un empresario, entendiendo por tal las personas físicas y jurídicas o comunidades de bienes que reciban la protección de servicios por parte de trabajadores por cuenta ajena. A tener en cuenta la específica responsabilidad de las personas jurídicas a las que se refiere el art. 318 C.P. introducido en la reforma de la L.O. 11/2003.

Se configura como sujeto pasivo del conjunto de delitos del Título XV el trabajador por cuenta ajena tal y como lo define el art. 1-1º del Estatuto de los Trabajadores .

Pasando ya al estudio del art. 311-1º del C.P. que es por el que ha sido condenado el recurrente, este se integra por los siguientes elementos:

1) Conducta típica: la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, suprimen o restringen los derechos que los trabajadores tengan reconocidos en las leyes, convenios colectivos o contrato individual.

El verbo definidor del tipo penal es el de "imponer", por tal ha de entenderse la existencia de una situación que suprima la capacidad de reacción indispensable para que el perjudicado reaccione en defensa de sus derechos que ve perjudicados. Obviamente se trata de una situación situada extramuros de los conceptos jurídicos de violencia o intimidación, que de concurrir, integrarían el subtipo agravado del art. 311-3º --actual párrafo 4º tras la reforma de la L.O. 1/2015 -- que se refiere a que se emplee violencia o intimidación.

Obviamente, la capacidad de elegir descansa en la libertad de optar, por ello, y singularmente en una situación de esencial desigualdad como es la relación laboral, el término "imposición" al que se refiere el tipo penal no supone una nota de intimidación o violencia, como se ha dicho, sino una situación en la que el trabajador no tiene libertad de optar porque cuando la alternativa es dejar de trabajar e irse al paro, es claro que eso no es fruto de una opción libre.

Tal imposición diferente de la violencia o intimidación supone que la ilegalidad se le hace patente al trabajador y no se hace a sus espaldas, imposición que para ser penalmente relevante tiene que producirse, es decir verbalizarse a través de las dos vías que exige el tipo penal: el engaño o el abuso de situación de necesidad.

2) En relación al engaño, el término actual tras su origen del antiguo art. 499 bis que se refería a maquinaciones o procedimientos maliciosos. En el presente caso el mecanismo utilizado para la imposición ha sido el abuso de situación de necesidad, por lo que eludimos toda reflexión sobre el engaño.

3) El abuso de estado de necesidad debe tener más consistencia que la derivada de la insita situación de desigualdad que existe en el mercado laboral entre empleadores y trabajadores, porque de no ser así, todo incumplimiento debería tener acceso a la respuesta penal, máxime teniendo en cuenta la crisis económica que ha golpeado con especial fuerza a la clase trabajadora, pero tampoco puede emplearse esta lacerante realidad para derivar al derecho administrativo sancionador situaciones de clara ilegalidad penal que, a la postre, tendrían el efecto perverso de provocar una generalizada exclusión en favor del sujeto activo --el empleador-- de la respuesta penal y que convertiría al sistema de justicia penal en un factor de multiplicación de la desigualdad, solo aplicable a las clases menos favorecidas.

Por ello, en modo alguno la situación de necesidad puede equipararse --como se dice por el recurrente-- con la exigente de igual nombre del art. 20-4º C.P. que actúa como causa de justificación que hace desaparecer la ilicitud penal.

Se trata de dos expedientes --la exigente de estado de necesidad del C.P. y el abuso de situación de necesidad del art. 311 C.P.-- de distinta naturaleza e intensidad, que operan en esferas distintas.



Por lo que se refiere al abuso de situación de necesidad en que se halle el trabajador, habrá de analizarse caso por caso, ya que esta situación de abuso de necesidad puede revestir múltiples variantes.

Un criterio relevante para la interpretación de qué ha de entenderse por "abuso de necesidad" lo encontramos en el otro término al que se anuda la "imposición": nos referimos a la utilización de engaño, por ello puede concluirse que por abuso de necesidad debe entenderse un plus diferente a la mera desigualdad intrínseca que existe en las relaciones laborales, pero sin llegar a una interpretación tan restrictiva que convirtiera este tipo penal en un delito de imposible acreditación y existencia. Es decir en un delito de imposible comisión.

Por ello debe exigirse desde un punto objetivo una clara vulneración de los derechos de los trabajadores con suficiente relevancia penal para justificar la respuesta del sistema de justicia penal, y de otro lado desde un punto de vista subjetivo la concreta situación de los trabajadores afectados.

4) Con la finalidad de encontrar una antijuridicidad material que actúe como criterio diferenciador para deslindar lo relevante penalmente, de los meros ilícitos administrativos ha de exigirse una entidad o importancia en la privación de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social. En general debe de tratarse de violaciones del orden público social que se proyecta sobre la protección de las conclusiones de trabajo o de Seguridad Social. En este sentido, se puede citar la STS 995/2000 de 30 de Junio que en aplicación del art. 499 bis del Cpenal de 1973, a la sazón en vigor, estimó cometido el delito en el caso del contrato efectuado a un inmigrante ilegal que con el fin de obtener el permiso de residencia firmó un "contrato de esclavo según el derecho romano", trabajando como doméstico en casa, sin cobrar y solo por la manutención....

...5) Evidentemente se está ante un delito doloso en el sentido no tanto de que el sujeto activo quiera directamente y exclusivamente la privación de los derechos de sus trabajadores, sino que para la consecución de sus propósitos –el móvil– acepta el camino que supone necesariamente la privación de tales derechos a sus trabajadores y con tal conocimiento y consentimiento, continúa su ilícito actuar.

6) Finalmente se está ante un delito de resultado cortado –como se dice por el recurrente– que queda consumado con la imposición de tales condiciones ilegales que se refieren a las que vienen recogidas en la legislación laboral, por lo que se está ante una norma penal en blanco, que se consume con la sola privación o limitación de tales derechos no exigiéndose perjuicio alguno que de existir constituiría el agotamiento del delito».

Por su parte la STS 494/2016 de 9 de junio, de la que toman prestados los recurrentes algunos de sus argumentos, contempla un caso que no puede considerarse idéntico al aquí analizado por muchas razones que se ponen de manifiesto al cotejar los supuestos de hecho: en aquél se reducía el perjuicio de hecho (no derivado del contrato) a recortes en las percepciones salariales. Aquí estamos ante la privación de un derecho laboral de la importancia del descanso semanal. No se trata de que no se retribuya; sino de que no se concede ese descanso. Explica la referida sentencia:

« 3.1.- Cabe destacar que la acción típica de imponer se delimita en primer lugar por su significado en la lengua española, definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua: Exigir a alguien cumplir, soportar, pagar o aceptar una cosa, y exigir presupone aquí que el sujeto actúa de una manera imperiosa o enérgica porque tiene el derecho o puede obligar a hacerlo, con capacidad, al menos, de hecho.

Pero, además, el tipo penal circunscribe la imposición penalmente relevante a los supuestos en que es abordada acudiendo a dos procedimientos específicos: el engaño y el abuso de una situación de necesidad.

De tal manera que la acción no será penalmente relevante si las condiciones son pactadas sin mediar ni aquél engaño ni esta situación (solamente se trata aquí del tipo del artículo 311.1, y no del caso de violencia del artículo 311.3 en la redacción vigente al tiempo de los hechos).

3.2.- El engaño, aunque se acote con exigencias menores que la establecidas para el característico de las defraudaciones patrimoniales, supone la utilización de algún ardid que lleve al empleado a asumir la prestación de su trabajo en condiciones que, de no mediar aquél, no habría aceptado...

3.3.- La cuestión se suscita en relación a la determinación de si las empleadas se encontraban en una situación de necesidad que deba ser tenida por la situación típica del artículo 311.1 del Código Penal. Y si, además, existió abuso de ello. Nuevamente se hace necesario acudir al concepto lingüístico de necesidad. Éste viene delimitado en múltiples acepciones, de las que da cuenta el Diccionario de la Lengua, por referencias, en las más genéricas, como irresistible impulso que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido o aquello a lo que es imposible sustraerse.

Obviamente, entre ese extremo, más propio de las ciencias de la naturaleza, y la plena laxitud que llega a identificarlo con la mera conveniencia, ha de buscarse un grado que sea compatible con el principio de mínima intervención característico del sistema penal democrático, cuyo establecimiento sea el previsible conforme reclama el principio de legalidad y permita la nítida diferenciación de las infracciones tipificables conforme a



tal canon de aquellas otras que son propias del ámbito laboral. Ciertamente este criterio no nos libera de una indeseable indeterminación. Pero a evitar la misma puede contribuir también la búsqueda, dentro del específico ordenamiento penal, del concepto de necesidad, cuyo alcance ha sido objeto de una más reiterada jurisprudencia, lo que facilita esa taxatividad respecto al elenco de conductas a considerar. Nos referimos al denominado "estado de necesidad" como causa de exención, por justificación, de la responsabilidad penal. Sin duda la necesidad (la del sujeto pasivo) que hace nacer la responsabilidad criminal (en el artículo 311) o que la agrava (en el artículo 250.4) ha de ser, al menos, de la misma entidad que aquella (la del sujeto activo) que justifica y exime por ello de responsabilidad. De tal suerte, si un estado de necesidad, por ser menor que la extrema, puede reducir el beneficio del autor del delito a una mera atenuante o incompleta exención, pero no eximir totalmente si la de la víctima no es extrema, tampoco podrá tenerse por típica la conducta del autor.

Para abundar en la precisión cabe acudir a otros criterios como: la magnitud del segmento social en el que cabe ubicar a los que se encuentren en similares condiciones, de suerte que a más generalización de tal situación menos justificación de la relevancia penal por incidencia de la misma en el comportamiento analizado, o que, dada la razón de ser de la toma en consideración de este elemento, quepa excluir su concurrencia si el sujeto que la padece no está alejado de recursos que le permitan sustraerse a la actuación del sujeto activo al imponer las condiciones de trabajo, y, entre ellos, el acceso a la tutela judicial.

3.4.- La situación objetiva de necesidad para dar lugar al tipo penal aún requiere otro componente, éste atribuible al sujeto activo del delito. En efecto el artículo 311.1 del Código Penal exige que éste abuse de esa situación del sujeto pasivo. Y abusar quiere decir: Aprovecharse de forma excesiva de una persona, o de una facultad o cualidad de alguien en beneficio propio. Lo que, por un lado, en lo objetivo, ya reclama una cierta entidad cualificadora del aprovechamiento. Pero es que, además, por otro, exige, desde la perspectiva subjetiva del elemento, que el autor conozca la situación de la víctima y que ésta acepta forzada la relación laboral y busque voluntariamente que ésta acepte unas condiciones que, de no concurrir la situación, sabe que no aceptaría. Y es que el delito es esencialmente doloso, siendo difícil imaginar incluso modalidades de dolo eventual.

3.5.- El tipo penal reclama también un concreto perjuicio o restricción de derechos que tenga por causa las condiciones impuestas. De manera similar a lo dicho respecto de la situación de necesidad, tampoco puede considerarse típicamente relevante cualquier derecho de los que el trabajador tenga reconocido. Procurando la misma determinación, que ya hemos considerado que exigen el principio de legalidad y el de mínima intervención, podemos excluir como penalmente sancionables las imposiciones de las que deriven menoscabo de tales derechos fácilmente reparables acudiendo al procedimiento administrativo o judicial o, cuando eso no sea accesible al trabajador por la situación de abuso padecida, al menos que aquellos derechos tengan cierta importancia, aunque no es necesariamente de orden económico. Obviamente estando en todo caso suficientemente probada la realidad y la ilicitud del perjuicio.

4.- Partiendo de estas premisas hemos de convenir con el recurrente que su comportamiento tal como viene descrito en la declaración de hecho probados es atípico.

En primer lugar porque la sentencia no declara que las condiciones pactadas respecto del contenido de la relación sean lesivas de derecho alguno de las trabajadoras.

La lesividad se predica, no del contenido contractual, sino de que no obstante (según dice literalmente en los hechos probados, tras exponer aquel contenido contractual en relación a cada una de las trabajadoras): a) Las empleadas no disfrutaran de vacaciones; b) trabajaran horas extraordinarias que no le fueron abonadas; c) no percibieron la paga extraordinaria, además de la mensual y d) el pago era de una cantidad menor a la que se le debía.

Desde luego una primera objeción a la tipicidad de esos comportamientos es que no diferencia entre imposición de condiciones lesivas e incumplimiento de las condiciones contractuales no lesivas. Esto último podría suponer una imposición de aceptación de persistencia en el incumplimiento, pero la identidad, de lo uno con lo otro, es forzada.

Más relevante es sin embargo la (escasa) intensidad de la lesión de derechos. Ésta no rebasa el ámbito de lo económico. En efecto lo que describe la sentencia es que las empleadas cobraban menos de lo debido. Por diversos conceptos. Horas extraordinarias, pagas extraordinarias. O pérdida de vacaciones, de las que no excluye que fueran compensables económicamente.

Pero tal afirmación de la sentencia tampoco está revestida de la necesaria concreción. En efecto, se dice que las trabajadoras cobraban efectivamente menos de lo que la nómina reflejaba como debido. Pero no nos dice cuanto menos. Incluso cuando afirma que algún concepto no era retribuido en absoluto (horas extraordinarias de D^a Virginia Rúa) tampoco señala el importe de lo debido impagado. Respecto al impago de vacaciones no justifica el reproche como sería deseable ya que algunas de las empleadas trabajó algunos meses pero menos



del año por lo que en todo caso aún podía haber llegado a disfrutar las vacaciones que, salvo acreditación de algo en contra, se disfrutaban anualmente. Y en cuanto a las pagas extraordinarias los contratos advertían de su devengo prorrateado por meses con la paga ordinaria...

Donde ya es totalmente rechazable el criterio de la recurrida es al definir la situación de necesidad de las víctimas. En los hechos probados dice que dicha situación derivaba de los siguientes elementos: a) Necesitar el trabajo para mantenerse (...) la empleada y su familia (...) o poder renovar en su día el permiso de residencia (...). No existe la más mínima referencia a la situación patrimonial de las empleadas, ni a la capacidad económica de los demás miembros de sus familias que disfrutaban de su renta laboral, ni la accesibilidad de las mismas a otras ofertas de trabajo, ni si percibían o no alguna subvención. Tampoco, desde luego, se hace el más mínimo esfuerzo en justificar que el empleador era consciente de las concretas condiciones económicas, familiares o laborales de las personas a las que empleó y dio de alta en la Seguridad Social, reteniendo e ingresando la parte correspondiente conforme a las normas tributarias.

Ya en sede de fundamentación jurídica se llega a decir que el abuso debe, en principio, considerarse posible cuando "nos" (plural que parece derivarse de una valoración macroeconómica de la economía del país) encontremos ante una situación de paro generalizado, cuyo porcentaje sobre la población activa no fija la sentencia. Desde luego, si admitimos aquella generalidad cuando el paro alcanza el 25% de la población activa, el abanico de conductas típicamente penales es inmenso. Baste decir que, en la mayor parte de los casos la contratación se hace de persona que no está trabajando. Es decir en paro.

Si tal tesis ya implica una inclusión en el censo de potenciales delincuentes a un número ciertamente amplio de empleadores, este elenco alcanza una expansión considerable, si además se considera, como propone al sentencia de instancia, invocando una doctrina, cuya cita se ahorra, que es innecesario un comportamiento malicioso «porque el mercado de trabajo ya genera un desequilibrio objetivo entre asalariado y empleador». Desconocemos si tal doctrina se propone en el ámbito de la dogmática penal, pero en ningún caso puede ser compartida por este Tribunal, por más que pueda compartirla en el contexto de una reflexión sociológica. Y es que en el de la jurisdicción se debe, en todo caso y coyuntura, partir de principios como el de la legalidad ajenos a esa laxitud retórica. Por lo que la equiparación de desequilibrio entre partes y situación de necesidad como consecuencia de ello no son equiparables a los efectos que venimos examinando.

No es baladí tampoco la ausencia de toda reflexión sobre los componentes subjetivos del tipo: conocimiento de la situación de las empleadas y determinación voluntaria de hacer de ello ocasión para abusivo aprovechamiento económico.»

Merecía la pena la larga transcripción para marcar las diferencias patentes con el supuesto ahora analizado.

El Ministerio Público, por su parte, alude a la STS 270/2016 de 5 de abril que entiende por abuso de la situación de necesidad a estos efectos « cualquier clase de aprovechamiento, o el uso indebido de la especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales, imponiendo el empresario, en su propio beneficio, condiciones laborales ilegales, recordando la Jurisprudencia que se trata de supuestos en que la imposición de condiciones abusivas determina una situación de privación de derechos esenciales y casi de explotación como sucede en los supuestos de imposición de jornadas excesivas de trabajo, respecto a personas que están necesitadas a las que se les priva de sus derechos básicos».

Volvamos al supuesto objeto de censura casacional. Aquí apreciamos una patente privación impuesta de un derecho básico y elemental de todo trabajador: el descanso semanal. No es una mera cuestión económica. Y acceder a esa imposición abiertamente contraria a la ley solo se entiende desde la vulnerabilidad de los trabajadores: no se trata sencillamente de personas en situación de desempleo, sino de inmigrantes marroquíes que realizaban la actividad de pastoreo, que carecían de arraigo, desconocedores del idioma y de otras relaciones en las que ampararse para subsistir y con un bajo nivel cultural. Eso es un caldo de cultivo apto para una sutil presión que cancela derechos laborales prevaliéndose de esa vulnerabilidad. La situación está descrita en la sentencia. Es muestra significativa de ese estado de presión el incidente que surge cuando se reivindica en concreto uno de esos derechos, tras años de acatar resignada y sumisamente esos excesos.

El elemento subjetivo fluye del hecho probado. No es necesario subrayar de modo expreso que esos extremos eran conocidos en detalle por los recurrentes. Basta con un conocimiento genérico de esa condición y la voluntad, aunque sea expresada a través de fórmulas reconducibles al dolo eventual, de beneficiarse económicamente de esas condiciones perjudiciales para los trabajadores que se ven compelidos a aceptar, so pena de quedarse sin trabajo, sin ingresos y en un país que no es el suyo y en el que no cuentan con otros apoyos. La incidencia con motivo de la reclamación por el descanso el día de Navidad es también elocuente a este respecto (vertiente subjetiva).



Vale como punto de referencia legal para interpretar la situación de necesidad la noción legal recogida en sede del delito de trata de seres humanos a que alude el voto particular en argumento que hace suyo el recurso y que ya se enunciaba en alguno de los precedentes citados: «Existe una situación de necesidad ... cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Pero de esa definición hay que destacar el inciso "real o aceptable». En abstracto siempre existirá otra alternativa: negarse al abuso, denunciar, resistir, oponerse, rechazar las condiciones... Pero se trata de valorar en concreto si podía exigirse razonablemente a la víctima seguir un camino distinto a la aceptación resignada de las injustas condiciones que se le imponen. Por tanto no basta con señalar posibles alternativas si estas *in casu* no resultaban viables, atendidas las circunstancias de los hechos y de la víctima. Por supuesto que finalmente se han sacudido esas imposiciones. A ello ha contribuido la denuncia de los hechos. Pero eso no acaba sanando y legalizando toda la situación anterior. La actividad delictiva comienza y se consume (delito de resultado cortado) ya en el momento en que se imponen esas condiciones, sin que la progresiva atenuación de esa "situación de necesidad" como consecuencia de una evolución de la situación económica y de un mayor arraigo y la creciente capacidad -finalmente demostrada- de rebelarse ante las injustas condiciones borre el carácter penal de los hechos perpetuados en el tiempo. Se hace necesaria una evaluación *ex ante*, atendiendo no a la situación final -cuando denuncian finalmente los hechos-, sino a los momentos iniciales y las fases más lejanas en el tiempo.

Esta idea desbarata buena parte de la argumentación del motivo.

El conocimiento de esa inicial condición precaria de los trabajadores, y de la ilegalidad de la ausencia de descanso y el aprovechamiento de ello para obtener un rendimiento mayor, conforma el dolo exigido por el tipo del art. 311 CP. No es necesaria ninguna afirmación especial al respecto.

SEXTO.- La falta de congruencia de la sentencia con las pretensiones de las acusaciones es argumento que nutre el siguiente motivo basado en el artículo 24.2 CE : se habría afectado al derecho a ser informado de la acusación.

En concreto se alega que el Fiscal ponía el acento para caracterizar la situación de necesidad en la precariedad de su situación laboral y de residencia (renovación permiso). Sin embargo la sentencia enriquece esa idea con otros factores: no conocimiento del idioma, ser extranjeros, bajo nivel cultural...

En este punto, rezaba así el escrito que plasmaba la pretensión acusatoria del Ministerio Público: ... *aprovechándose de la perentoria situación de necesidad laboral de los mismos, concretada en la imprescindible renovación periódica de sus respectivos permisos de residencia y trabajo, para lo que era menester el mantenimiento en su contratación laboral antedicha.*

Los elementos fácticos introducidos en la sentencia -condición de inmigrantes marroquí, bajo nivel cultural, desconocedores del idioma- no solo serían hipotéticamente prescindibles sin que se cuartease la subsunción jurídico-penal sino que en buena medida aparecen implícita o explícitamente en la acusación: representan un contexto que es presupuesto del punto nuclear resaltado por el Fiscal. Por el tipo de trabajo realizado es patente que los denunciados ni tenían una preparación académica apabullante que les hubiese permitido acceder a puestos de trabajo de élite (es evidente que si fuese así, no habría situación de necesidad ni delito; pero también lo es que no es necesario que la acusación explicita que carecían de una cualificación laboral que les hubiera permitido obtener con facilidad otros puestos de trabajo). La falta de conocimiento del idioma, innegable seguramente al llegar a nuestro país, abunda en esa misma idea; pero desde luego tampoco es dato decisivo. Y la condición de inmigrantes y situación económica no precisamente boyante están implícitas de forma clara en el relato del Fiscal. No hay nada ni sorprendente, ni de carácter decisivo en el formato diferente del relato de la Audiencia. El principio acusatorio no exige una transcripción mimética y literal de la acusación. Sí que se mantenga la identidad de la esencialidad del hecho. Y ahí no se detecta variación alguna que lleve a la conclusión de que se ha condenado por unos hechos distintos de aquéllos por los que se acusó: que, abusando de su situación laboral precaria como inmigrantes necesitados de un trabajo que no podían perder, se consiguió que aceptasen unas condiciones laborales que mermaban en un aspecto básico (descanso semanal) sus derechos como trabajadores.

No sobra recordar la jurisprudencia invocada por la Fiscal en su dictamen de impugnación; en concreto la STS 669/2001 de 18 abril : «Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, ss. 15/3/97 y 12/4/99 , entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que



no se requiere un relato minucioso y detallado, o por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad» (s. T.S. 4/3/99).

Podemos, así pues, convenir con el Fiscal que no hay variación ni introducción de elementos fácticos esenciales.

En otro orden de cosas se arguye que la acusación particular no formuló petición indemnizatoria en sus conclusiones definitivas lo que supondría también afectación del principio acusatorio (*rectius* principio de rogación). Pero la premisa de que parte el argumento es errónea. La acusación particular mantuvo su pretensión indemnizatoria anclada en el delito del art. 311 y no en el del art. 316 por el que también había acusado. El visionado de la grabación del juicio conduce a conclusiones diferentes de las alegadas por los recurrentes.

El motivo es igualmente rechazable

SÉPTIMO.- El siguiente motivo discurre a través del artículo 849.1º LECrim denunciando infracción de los artículos 110 y ss. CP . Discrepan los recurrentes del módulo seguido para fijar la indemnización. Además, no se tienen en cuenta que con arreglo a la normativa laboral la acción para reclamar prescribe al año y que la falta de descanso no es compensable económicamente. Por fin se arguye que se concede más de lo pedido porque la acusación solicitó los domingos y se dieron también los festivos. Habría que descontar seis días por año.

Estamos ante una responsabilidad civil derivada del delito y por tanto con reglas sobre prescripción diferentes a las reguladas por la normativa específica (artículos 1089, 1093 y 1964 Cciv: vid STS Sala 1ª de 7 de enero de 1982 ; o con otro criterio pero igualmente contrario al argumento de los impugnantes, SSTS Sala 2ª de 9 de febrero de 1998 : mientras no prescribe el delito no prescribe la acción civil dimanante del mismo).

Otra cosa son las bases utilizadas para cuantificar las indemnizaciones. Sin duda resulta desde la óptica de los artículos 1100 y ss CP indemnizable el desempeño de un trabajo que no se venía obligado a realizar; y desde luego la forma de cuantificar los perjuicios atendiendo a los módulos retributivos es más que razonable. No significa que se estén remunerando salarialmente esos días de trabajo, sino que se está utilizando esa pauta para compensar los perjuicios derivados del delito. Es un punto de referencia acertado: pero conviene enfatizar que no es una retribución fijada con arreglo a la normativa laboral y el módulo contractual, es decir, no son salarios debidos que se abonan ahora; sino una forma razonable de cuantificar los perjuicios producidos por el delito (imposición de condiciones laborales ilegales), perjuicios que son evaluables económicamente. No se detecta error en esa cuantificación, que, además, desde la óptica que se acaba de resaltar, no exige un mimetismo automático en el cálculo.

OCTAVO.- Los dos últimos motivos afectan en exclusiva a uno de los recurrentes, Rodrigo . Ambos alegatos comparten temática: el citado no sería gestor o administrador de la sociedad civil empleadora errando en esa consideración la sentencia (artículo 849.2). Por tanto, carecería de una de las cualidades personales exigidas por el artículo 311 CP para ser autor del delito (artículo 849.1º LECrim).

Reza el hecho probado: «los acusados, Rodrigo y su hijo, Martin , mayores de edad,... que se dedican al sector agropecuario, a través de la sociedad civil SAHUN HERMANOS, de la que también formaba parte un hermano de Rodrigo , ya jubilado, que no es acusado...».

La sociedad civil HERMANOS SAHUN estaba integrada por tres socios: Rodrigo con un 20%; Pedro , no acusado, con otro 20%; y Martin con el 60%. Este último sería el administrador, según el recurrente, lo que vendría avalado por diversa prueba documental que se hace valer ex art. 849.2:

- Certificación de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón (folio 297 del rollo de Sala).
- Firmas que figuran en los documentos obrantes a los folios 330 y 331 del rollo de la Sala correspondientes a Martin , actuando en nombre de la Sociedad. Cuando firma Rodrigo , lo hace "por orden".
- Actas notariales incorporadas a los folios 234 a 250 también del rollo de Sala consistentes en requerimientos en los que interviene Martin como representante y administrador de la sociedad.
- Acta de conciliación de un Juzgado de lo Social que se aportó con el escrito de defensa: aparece Martin actuando en representación de la empresa SAHUN HERMANOS S.C. en calidad de administrador, según resulta de documento privado de constitución de sociedad civil de 2 de enero de 1993.

Tales documentos acreditarían que el único administrador era Martin , quedando al margen de esas funciones y por tanto de toda responsabilidad Rodrigo que, además, estaría jubilado desde que cumplió 68 años (nació el NUM000 de 1938).



La consignación de esa precisión en el hecho probado llevaría a negar la responsabilidad penal de Rodrigo por cuanto no le sería aplicable el artículo 311, ni siquiera por la vía del art. 31 CP (actuaciones en nombre de otro) que solo permitiría atribuir la responsabilidad al único administrador, el otro acusado. La posición de Rodrigo sería parangonable a la de su hermano que no fue ni denunciado ni acusado.

No es así: el acusado Rodrigo asumía según vino a reconocer tareas de gestión de la empresa junto a su hijo Martín. Estamos ante una sociedad no mercantil, sino civil con una composición muy limitada, lo que es un escenario muy congruente con esa afirmación. El propio recurso afirma que este acusado se limitaba a "ayudar en la gestión a su hijo", lo que no deja de ser una forma alambicada de decir que participaba en la gestión y que, por tanto, era también gestor aunque no fuese el principal gestor y su posición fuese menos prevalente.

Dice el art. 318 CP invocado en el recurso «Cuando los hechos previstos en los artículos de este Título (que no Estatuto) se atribuyera a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos», añadiéndose a continuación en mención que es interesadamente omitida por el recurrente «y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello». Esta referencia normativa permite zanjar de forma expeditiva el debate que propone el recurrente, sin necesidad de buscar otros argumentos -que no faltan- que vendrían a través de la consideración de que estamos ante una sociedad civil de ámbito muy reducido (y no mercantil, con lo que ello puede implicar en este ámbito), que en todo caso reconduciría a un supuesto de participación en delito cometido por un *intraneus* y que la rebaja del artículo 65 CP es meramente facultativa; o que de la propia sentencia se desprende la condición de gestor de hecho también del recurrente, y no mero partícipe de la sociedad sin intervención en su vida y actividad.

Los documentos invocados no desmienten lo apuntado. Sirven para acreditar que Martín era administrador; pero no para demostrar de forma concluyente que era el único gestor o que Rodrigo no desarrollaba ninguna función al respecto. El propio Rodrigo no solo reconoce que es titular al 20 % de la Sociedad Civil sino que fue él quien firmó los contratos de trabajo (folios 328 y 329). La Inspección identifica a ambos como empresarios y Rodrigo firma alguno de los documentos que se mencionan en el recurso. Por tanto no se trata solo de que los documentos no sean literosuficientes, sino que, además, la conclusión que sobre este punto alcanza la sentencia tiene sustento probatorio autónomo. Nótese, por otra parte, que del certificado de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón invocado en el recurso se deriva también que en 2012 constituyeron una hipoteca los dos hermanos (también Rodrigo, en consecuencia) y Martín.

Los motivos fracasan.

NOVENO.- Desestimados todos los recursos cada uno de los recurrentes habrá de cargar con sus respectivas costas (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido DESESTIMAR los recursos de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuestos por D. Martín, D. Rodrigo y D. Jose María, D. Juan Alberto y D. Apolonio, contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1º rollo 24/2016). Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en este procedimiento. Y dése el destino que proceda al depósito consignado por D. Jose María. Comuníquese esta resolución a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **Ana Maria Ferrer Garcia** Perfecto Andres Ibañez