

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 247/2017, de 5 de abril de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1087/2016

SUMARIO:

Delito contra los derechos de los trabajadores. Requisitos. Notas características del artículo 311-1º C.P. Elementos del delito contra los derechos de los trabajadores, como delito esencialmente doloso (no admite la comisión imprudente) que se vertebra a través de una imposición por parte del empresario/empleador por medio de engaño o con abuso de situación de necesidad de los trabajadores, de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudica los derechos que tengan reconocidos. La «imposición» es concepto situado extramuros de la idea de violencia o intimidación, que, de existir daría lugar al subtipo agravado del art. 311-4º C.P. El término «imposición» supone 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. En este caso la imposición se realiza utilizando y abusando de una situación de necesidad de los trabajadores. 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. Ni todo incumplimiento de la normativa laboral debe tener acceso al sistema de justicia penal, ni este debe ser excluido por principio. Relevancia del incumplimiento. Debe deslindarse entre el delito y la sanción administrativa, y en el presente caso, se está ante un claro quebrantamiento por parte del recurrente de los derechos de los trabajadores de su empresa, relevante penalmente. El recurrente adquirió la empresa - Sociedad Anónima Laboral- a los trabajadores, conociendo la situación en que ésta se encontraba, con numerosas deudas, seguidamente segregó lo que constituía el activo más relevante: dos contratos que tenía con la Administración Pública, segregando esa rama de la actividad para la que creó una Sociedad de su exclusiva propiedad, a la que transfirió unos trabajadores de la empresa adquirida, dejando a los demás en un «limbo» laboral, sin actividad, sin trabajo, sin medios y sin sueldo, llegando a cerrar el local haciendo desaparecer todos los enseres, instrumentos y maquinaria. Finalmente los trabajadores fueron despedidos, obviando de esta manera la realización de un ERE extintivo. 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, es decir, el delito está consumado dada su naturaleza de resultado cortado que no exige la realidad del perjuicio.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 14.1, 20.4, 311.1, 316, 317 y 318.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 161, 741 y 855.

PONENTE:

Don Joaquín Giménez García.

Magistrados:



www.civil-mercantil.com

Don JOSE RAMON SORIANO SORIANO
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Don JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación 1087/2016, interpuesto por D. Daniel , representado por la procuradora Sra. Sordo Gutiérrez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección II, por delito contra los derechos de los trabajadores, siendo también parte el Ministerio Fiscal. Ha sido parte recurrida D. Eleuterio , D. Ernesto , D. Everardo , D. Felipe y D. Florentino , representados por el procurador Sr. Trujillo Castellano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 5 de Córdoba, incoó Procedimiento Abreviado nº 4/2015, seguido por delito contra los derechos de los trabajadores, contra D. Daniel , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección II, que con fecha 11 de Marzo de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Esta Sala declara PROBADOS los siguientes HECHOS: 1.- El acusado D. Daniel , mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con otros tres socios, D. Hipolito , D. Isidoro , D. Jon , el día 2 de marzo del año 2012 mediante Escritura Pública de elevación a público del acuerdo social sobre reducción de capital, aumento de capital social, y perdida de la condición de sociedad anónima laboral, adquieren a los propios trabajadores, la hasta entonces Sociedad Anónima Laboral ACSUR, creándose la entidad ACSUR SA cuya única propietaria era la entidad CAPITALIS SOCIEDAD PATRIMONIAL S.L. de la que eran administradores solidarios D. Hipolito y el acusado D. Daniel , y apoderados los cuatro, subrogándose en los contratos con EMACSA y asumiendo las deudas que esta entidad soportaba, entre otras la de tres o cuatro pagas extraordinarias a los propios trabajadores, a los que prometen que se les abonaran tales atrasos. La antigua entidad ACSUR SAL desde el 1 de mayo de 2009 era adjudicataria del contrato de "Ejecución de obras y reparaciones de averías en la red de abastecimiento, en la red de saneamiento y en las instalaciones de EMACSA" y así mismo y desde el 8 de enero de 2007, prorrogado, del contrato de "Servicio de limpieza sistemática de imbornables y redes de alcantarillado de Córdoba y barriadas".- 2.- Visto que los resultados de la empresa no mejoraban, por las deudas acumuladas de dicha entidad sobre todo por su participación en diversas UTEs de las que la entidad ACSUR tuvo que responder como responsable civil solidaria, y así mismo, por entender que la plantilla de ACSUR estaba sobredimensionada, el acusado como administrador de esta última sociedad decide, no consta si con la anuencia o no del resto de los socios que posteriormente abandonan la sociedad, y con la finalidad de salvar la actividad derivada de los contratos que aquella mantiene con la entidad EMACSA, segregar un ramo de actividad, para lo cual previamente se crea la entidad



CANALIZACIONES Y VIALES ANDALUCES S.L., que había iniciado su actividad el 16 de octubre de 2012, que tenía el mismo domicilio social de ACSUR, y cuya propietaria era la entidad ALTAIR TEBA S.L. cuyo propietario y representante Legal era el acusado Sr. Daniel, y la propia entidad ACSUR, cuyo representante legal era D. Hipólito. Tal segregación de ramo de actividades se lleva a cabo el 7 de febrero de 2013, quedando subrogada CANALIZACIONES Y VIALES ANDALUCES S.L. en el contrato principal que tiene ACSUR con EMACSA, contratando a parte de la plantilla de antiguos trabajadores de ACSUR, lo que supone en la práctica que esta última entidad se queda prácticamente sin actividad alguna.- 3.- Sin embargo y como en el horizonte próximo el acusado sabe que se tendrá que negociar nuevamente el contrato con EMACSA, que cumplía en abril de 2013, y que para que la nueva entidad CANALIZACIONES Y VIALES ANDALUCES S.L. pueda acudir al mismo necesita, entre otros requisitos las certificaciones de calificación de calidad que posee ACSUR que los había cedido, como una de las propietarias a aquella, por lo que tal entidad no podía desaparecer, idea por una parte el mantenimiento de la misma pese a que carece de actividad, a la vez que, por otra, solo transfiere a CANALIZACIONES Y VIALES ANDALUCES S.L. unos 16 trabajadores, manteniendo al resto de los trabajadores en ACSUR a sabiendas de que lo procedente era la liquidación de la misma y la tramitación de un ERE extintivo, puesto que, se reitera, el acusado entendía que la plantilla de trabajadores estaba sobredimensionada; entre los cuales se encontraban los que había reclamado a dicha entidad el pago de las pagas extraordinarias adeudadas, cuyo compromiso de pago había asumido ACSUR y aquellos otros que previamente habían participado en un ERE, dada la casi nula actividad de la empresa.- 4.- Y para conseguir su propósito, con ánimo de perjudicar al grupo de trabajadores que se mantienen en ACSUR, y con una clara finalidad de eludir sus obligaciones, ocultando el cierre efectivo de la empresa, sin utilizar los mecanismos legales previstos para tal situación, primero deja de abonar a los mismos los salarios correspondientes a las nóminas de los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2013 así como la paga extraordinaria de diciembre de 2012; segundo, y desde el 25 de febrero de 2013 procede a dar vacaciones a los trabajadores, sin retribuir; tercero no da ocupación efectiva a los mismos, procediéndose al cierre de la sede principal de la empresa y agrupando a la totalidad de la plantilla en una nave que posee la empresa en el Camino de Carbonell, y para ello y previamente retira del centro de trabajo toda la maquinaria, herramientas y materiales para el desarrollo del trabajo, depositándolos en otra nave de la empresa TODOTYRE, ubicada en el Polígono de Amargacena, donde tiene su actividad la nueva CANALIZACIONES Y VIALES ANDALUCES S.L. llegando hasta el punto que, por impago del recibo de la luz de la nave en la que se encuentran los trabajadores, la misma se queda sin suministro de electricidad y de agua; y cuarto, y aprovechándose de esta situación de necesidad en que se encuentran los trabajadores, derivado, no solo del impago de sus salarios, sino de la total falta de actividad de la empresa, y de las condiciones precarias en la que se encuentran, comunica a los mismos que su única salida es que inicien demanda de extinción del contrato por impago de los salarios, lo que claramente perjudicaba a los mismos, al no contemplarse ni un ERE extintivo, ni el despido individual. En esta situación se mantienen los trabajadores, asistiendo a su puesto de trabajo, hasta el 20 de mayo de 2013 que se produce el despido individual de los mismos". (sic)

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a D. Daniel como autor criminalmente responsable del delito contra el derecho de los trabajadores ya definido, y sin la



conurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de 9 meses de multa con una cuota diaria de 25 €, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, así como a que indemnice a D. Eleuterio , a D. Everardo , a D. Felipe , a D. Ernesto y a D. Florentino en la cantidad de 1.000 € a cada uno de ellos, cantidad que devengara el interés que establece el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como al pago de las costas de este juicio, incluidas las de la acusación particular". (sic)

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de D. Daniel , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 849 LECriminal .

TERCERO: Por incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre la alegación formulada en el escrito de defensa relativa al error de tipo invencible contemplado en el art. 14.1 del C.P .

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 9 de Marzo de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de 11 de Marzo de 2016 de la Sección II de la Audiencia Provincial de Córdoba , condenó a Daniel como autor de un delito contra el derecho de los trabajadores, sin circunstancias, a la pena de dos años de prisión y multa de nueve meses con cuota diaria de 25 €.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que el condenado y recurrente Daniel junto con otros tres socios adquirió de los trabajadores la empresa ACSUR, Sociedad Anónima Laboral -- ACSUR-SAL--, creándose la entidad ACSUR S.A., la que fue adquirida por Capitalis Sociedad Patrimonial S.L. que tenía cuatro apoderados solidarios: Daniel y los otros tres socios.



www.civil-mercantil.com

ACSUR S.A. se subrogó en los contratos con la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba --EMACSA--, que tenía la antigua ACSUR-SAL, asumiendo, asimismo las deudas que aquélla tenía, entre otras, pago de salarios a los trabajadores.

Asimismo, la antigua ACSUR-SAL era adjudicataria también del servicio de limpieza de imbornales y alcantarillado de Córdoba y sus barriadas en la que también se subrogó ACSUR-S.A.

Como la nueva ACSUR-S.A. no mejoraba en sus resultados económicos por las deudas que soportaba tras la adquisición de la antigua ACSUR, y porque asimismo la plantilla estaba sobredimensionada, el recurrente, Daniel, como administrador y sin que conste acuerdo con los otros tres administradores y con la finalidad de salvar el contrato que se mantenía con EMACSA, decidió segregarse de la actividad de ACSUR-S.A. un ramo de su actividad, y a tal fin creó la entidad Canalizaciones y Viales Andaluces S.L. con idéntico domicilio al de ACSUR-S.A. dicha empresa de Canalizaciones era propiedad del recurrente Daniel.

La segregación se llevó a cabo el 7 de Febrero de 2013, y la nueva empresa Canalizaciones y Viales se subrogó en el contrato de ACSUR S.A. con EMACSA, y asimismo parte de los trabajadores de ACSUR-S.A. fue contratada por Canalizaciones, con lo que ACSUR S.A. la sociedad adquirida por el recurrente quedó sin actividad alguna.

Como quiera que el contrato que tenía ACSUR-S.A. con EMACSA (cuyo origen estaba en la antigua ACSUR) cumplía su validez en Abril de 2013 y quería nuevamente este contrato para la empresa segregada Canalizaciones y Viales, pero para acudir a dicho contrato necesitaba las certificaciones de calidad de las que disponía la antigua ACSUR, era necesario que ésta continuara y no desapareciera por lo que se decide que ACSUR transfiera a la entidad segregada Canalizaciones y Viales a 16 trabajadores manteniendo el resto en ACSUR-S.A. a sabiendas de que lo procedente era la liquidación de ACSUR y la tramitación de un ERE extintivo dada la nula actividad de la empresa.

En esta situación con intención de perjudicar al grupo de trabajadores que seguían, formalmente, como trabajadores de ACSUR S.A. y para ocultar el cierre efectivo de la empresa, eludiendo sus obligaciones como empresario sin utilizar los mecanismos legales previstos al efecto el recurrente efectuó los siguientes hechos:

a) Dejó de abonar a los trabajadores de ACSUR S.A. los salarios correspondientes a Enero/Abril de 2013 y la paga extraordinaria de Diciembre de 2012.

b) Desde Febrero de 2013 dio vacaciones no retribuidas a los trabajadores.

c) No da trabajo a ningún trabajador, procediéndose al cierre de la sede principal de la empresa, retirando del centro de trabajo toda la maquinaria, enseres y materiales de trabajo, que depositó en otra nave industrial. Incluso deja de pagar el suministro eléctrico y de agua.

d) A consecuencia de ello los trabajadores se encuentran con que no les abona los salarios debidos y además existe una total falta de actividad laboral, en esta situación les comunica el recurrente a los mismos que su única salida es que inicien una demanda de extinción del contrato, solución que claramente les perjudicaba en sus derechos, al excluirse un ERE extintivo --que era lo que hubiera procedido, o un despido individual--.

Esta situación se mantiene hasta el 20 de Mayo de 2013 en que se produce el despido por impago de los salarios.

Contra la expresada sentencia se ha formalizado recurso de casación por el condenado Daniel, que lo desarrolla a través de tres motivos a cuyo estudio pasamos seguidamente.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

El primer motivo , por la vía del error en la aplicación del tipo penal --error iuris del art. 849-1º LECriminal --, se dice que los hechos declarados probados no son constitutivos del delito contra los derechos de los trabajadores del art. 311-1º del Cpenal .

En una larga argumentación que abarca los folios 9 a 36 de su escrito del recurso, se estudian los elementos que vertebran tal tipo penal para luego tras su confrontación con el hecho probado concluir que no se dan los mismos concluyendo con la petición de estimación del recurso y absolución del recurrente.

El recurrente aborda las siguientes cuestiones:

- 1- La acción típica.
- 2- El estado de necesidad.
- 3- El abuso.
- 4- Los elementos subjetivos: el dolo.
- 5- El resultado.

En relación a la acción típica , se centra en el verbo del tipo penal " imponer " que el recurrente lo hace equiparable a exigir a alguien, cumplir, soportar, pagar o aceptar una cosa, lo que entiende como el ejercicio de una vis compulsiva, ya física o psíquica , por lo que el consentimiento del trabajador en el condicionado del empresario excluiría el concepto de imposición.

Se dice que los trabajadores de ACSUR-SAL fueron conocedores de la compra de su empresa y que desde antes se les adeudaban salarios, deudas que fueron asumidas por la nueva ACSUR-S.A., si bien se censura por el recurrente la falta de concreción en relación a los importes adeudados. De igual forma en relación a la segregación de una parte de la actividad de la nueva ACSUR S.A. y el pase de varios trabajadores a la empresa segregada "Canalizaciones y Viales" , quedando el resto en ACSUR S.A., tampoco fue --se dice-- fuente de una ocultación/abuso sino con la finalidad de conseguir la recuperación de la empresa.

En relación al estado de necesidad , se dice que debe interpretarse desde el principio de mínima intervención que debe seguir la actuación penal y que en todo caso cuando existe -- como era el caso-- una generalización de la precarización del trabajo, por la crisis económica que afectó especialmente a la clase trabajadora, tal estado de necesidad debe tener una interpretación restrictiva , prácticamente, se dice, deben concurrir las circunstancias análogas a las exigidas para la eximente del mismo nombre, y cita al respecto la STS 494/2016 de 9 de Junio cuando --en relación al caso allí enjuiciado, claramente distinto del actual--, se dice que desde la realidad de un paro que alcanza al 25% de la población activa , el abanico de conductas típicamente penales es numeroso porque la mayoría de las personas contratadas proviene del paro y en esa situación "...el censo de potenciales delincuentes (implica) a un número ciertamente amplio de empleadores....", lo que no es admisible desde una perspectiva penal .

Igualmente se citan las dos Inspecciones Laborales que tuvo la empresa ACSUR S.A. y cuyas resoluciones obran a los folios 19 a 22 y 36 a 38, respectivamente de 19 de Marzo y 7 de Junio de 2013 . Ambas inspecciones concluyeron con la imposición de dos multas por apreciar una infracción muy grave a consecuencia del impago de salarios a una parte de los trabajadores --en número 13, trabajadores--, no a todos, lo que se considera discriminatorio y asimismo por no dar ocupación efectiva a los trabajadores en alta. Retenemos en este momento la argumentación contenida en el acta de inspección de 7 de Junio de 2013 :



www.civil-mercantil.com

"...La empresa no utiliza los mecanismos legales para rescindir los contratos con sus trabajadores, simplemente ni les da trabajo, ni les abona salario alguno....".

Hay que recordar, que la segregación de lo que constituiría en realidad el único activo de ACSUR S.A., los contratos con EMACSA y el de alcantarillado en favor de la empresa del recurrente "Canalizaciones y Viales" fue el 7 de Febrero de 2013.

Se concluye por el recurrente en relación a esta cuestión diciendo que no concurre la nota del estado de necesidad de los trabajadores concernidos.

En relación al abuso por parte del empleador , y desde el significado de tal término según la RAE que lo define como "aprovecharse de forma excesiva de una persona o de una facultad o cualidad en beneficio propio", considera el recurrente que desde un punto objetivo deba existir una clara instrumentalización de la necesidad del trabajador, pero --se dice-- sin olvidar el hecho incuestionable de que en el mundo laboral hay una insita desigualdad entre empleador y empleado, entre empresario y trabajador, por ello hace --haría-- falta una clara existencia de tal situación de abuso, y además desde una perspectiva subjetiva es preciso que se acredite el propósito/intención del empresario de servirse y aprovecharse de tal situación para obtener un beneficio ya que se está ante un delito esencialmente doloso.

Al respecto se dice que precisamente la segregación de la actividad acordada --que recordemos lo fue en favor de una empresa propiedad del recurrente--, tuvo como finalidad salvar la actividad de los contratos con EMACSA, intentando la renovación del mérito inicialmente y que concluía en Abril de 2013.

Por esto, se dice en el motivo, no se trató de privar a los trabajadores de sus derechos, sino de poder mantener la empresa y los puestos de trabajo, pues obviamente, ACSUR S.A. como heredera de ACSUR-SAL no podía concurrir ni licitar al nuevo contrato de EMACSA por la situación de dudas en que se encontraba.

En relación al dolo , se dice que se está ante un delito esencialmente doloso y por tanto intencional . Se reconoce en este apartado por el recurrente que era él quien tenía el efectivo dominio de toda la situación empresarial, tanto en relación a ACSUR S.A. como a la segregada Canalizaciones y Viales al ser el recurrente único propietario , pero en definitiva se insiste por el recurrente en la intención de mantener la actividad empresarial para lo que era imprescindible la segregación y la licitación del contrato de EMACSA y al respecto, se dice que el responsable del área laboral también fue imputado al principio para luego dejar de serlo sin más explicaciones. En relación a que lo que se hizo fue para evitar un ERE en ACSUR S.A. se hace referencia a la declaración del propio responsable del área laboral que en el plenario dijo seguía existiendo actividad en ACSUR S.A ., así como a las certificaciones que obran a los folios 758 y siguientes de las actuaciones que acreditaría tal actividad después de la segregación.

En relación al resultado , constituido por el perjuicio al trabajador, se reconoce que el delito del art. 311 es de los llamados de resultado cortado , es decir que basta la efectiva limitación de los derechos laborales, precedida de abuso de necesidad o engaño, sin que sea preciso que el trabajador haya experimentado un perjuicio específico , el que de existir, formaría parte del agotamiento del delito.

Al respecto, se dice en este apartado por el recurrente que los impagos en los que incurrió el empresario constituirían un incumplimiento de las condiciones contractuales pero nunca una imposición de condiciones lesivas.

En definitiva --se argumenta-- habría que distinguir entre imposición de condiciones lesivas e incumplimiento de condiciones contractuales . Son dos conceptos diferentes, y enlazado con ello y con el principio de intervención mínima de la respuesta penal se dice que en el caso de incumplimiento de las condiciones contractuales, la reparación sería vía



administrativa, quedando reservada la respuesta penal cuando los derechos de los que se han visto privados los trabajadores tuvieran la suficiente importancia para justificar la intervención penal.

En el presente caso, se alega en el motivo, que ACSUR sí tenía actividad tras la segregación de la rama de actividad, y prueba de ello, son las certificaciones obrantes a los folios 758 y siguientes, tanto de ACSUR como de Canalizaciones y Viales.

En relación a la actuación del recurrente que no les pagaba los salarios, les dio vacaciones no retribuidas y los trasladan a otra nave, donde se mantienen sin actividad laboral alguna se dice en el motivo que no se acredita la imposición de condiciones indignas, que en relación al corte de luz y agua no se concreta el tiempo en que se mantuvo esa situación. Al respecto hay que recordar que el despido individual se produjo el 20 de Mayo de 2013, pero se añade que tal corte de agua y luz no impedía el trabajo porque el "tajo" estaba en los lugares donde se tenían que hacer las reparaciones, la nave era solo donde se guardaban los elementos de trabajo, igualmente se argumenta que para nada se vieron afectadas la seguridad, salubridad e higiene en el trabajo, y en tal sentido se dice que ni siquiera se hizo referencia al art. 316 C.P.

Se concluye todo el argumentario afirmando que no concurren los elementos típicos del art. 311-1º C.P., que los hechos no están dotados de la relevancia e intensidad suficiente como para motivar una condena que respete el principio de mínima intervención al que debe ajustarse el Cpenal.

Tercero.

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



www.civil-mercantil.com

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, entendiéndose 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.



www.civil-mercantil.com

Por ello, en modo alguno la situación de necesidad puede equipararse --como se dice por el recurrente-- con la eximente 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 eximente 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.

Una situación especialmente proclive de estas situaciones se da en los casos de sucesión fraudulenta de empresas o alzamiento de ellas, al que se refiere la sentencia de instancia en relación al caso enjuiciado.

En el presente caso, de acuerdo con el factum, a cuya obediencia hay que estar dado el cauce de error iuris del art. 849-1º LECriminal que ha utilizado el recurrente en este motivo, se dio primero una adquisición de la Sociedad Laboral ACSUR por el recurrente y otros tres socios, en tal compra se subrogaron los compradores en las deudas que tenía la inicial ACSUR-SAL que pasó a ACSUR S.A. tras la adquisición, así como en los contratos que mantenían con la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba --EMACSA-- para posteriormente en un segundo momento segregar lo que constituía como único activo de la sociedad adquirida --los contratos citados-- dejando a los trabajadores que se quedaron en ACSUR en la forma descrita en el hecho probado.

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



www.civil-mercantil.com

penal en blanco, que se consuma con la sola privación o limitación de tales derechos no exigiéndose perjuicio alguno que de existir constituiría el agotamiento del delito.

Cuarto.

La sentencia sometida al presente control casacional razona y fundamenta en los f.jdcos. segundo y tercero la existencia del delito.

En síntesis , se parte como primer paso de la adquisición por el recurrente y los otros tres socios (que posteriormente abandonan la sociedad), de la Sociedad Laboral ACSUR que, a la sazón, mantenía deudas con sus trabajadores y otras deudas por su participación en diversas UTES. Con la venta, la nueva empresa se subrogaba en todo el activo y pasivo.

Sin embargo, la compra de la misma se lleva a cabo confiando en mejorar la situación económica, lo que se evidenció como imposible. La compra se llevó a cabo en Marzo de 2012, y meses después se llegó al convencimiento de que la empresa ya adquirida no mejoraba, momento en que se produce el abandono de los otros tres socios, quedando como único propietario el recurrente.

Como segundo paso , adoptado un año después, el 7 de Febrero de 2013 , se decide por el recurrente segregar un ramo de la actividad de ACSUR , adquiriendo tal actividad segregada el propio recurrente a través de su empresa Canalizaciones y Viales. La segregación se refería, como es lógico, al único activo existente.

Como tercer paso , a consecuencia de la segregación efectuada, prácticamente ACSUR se queda sin actividad , ya que la rama segregada que venía a constituir el mejor y probablemente el único activo que motivó la adquisición de la Sociedad Laboral que era adjudicataria de un contrato con la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba --EMACSA--, según un contrato que expiraba en el mes de Abril de 2013 , contrato al que aspiraba el recurrente a través --ya-- de su empresa --Canalizaciones y Viales-- que había adquirido la rama desgajada de ACSUR.

En cuarto lugar , el recurrente transfiere 16 trabajadores de ACSUR , Canalizaciones y Viales dejando al resto de los trabajadores en ACSUR que carecía ya de toda actividad y a sabiendas de que lo procedente era tramitar un ERE extintivo.

En quinto lugar los trabajadores que quedan en ACSUR se encuentran sin que se les abonaran los sueldos y sin actividad laboral. En esta situación y "con la clara finalidad de eludir sus obligaciones" ocultando el cierre efectivo de la empresa sin utilizar los mecanismos legales existentes:

a) Deja de abonar las nóminas de Enero a Abril de 2013 más la paga extraordinaria de Diciembre 2012.

b) Les da vacaciones sin sueldo.

c) Se lleva todo el utillaje a otra nave, cierra la sede de la empresa desentendiéndose de los trabajadores hasta el despido individual que se produce el 20 de Mayo de 2013, llegando a cortarse la luz y el agua por falta de pago.

Se dice en la sentencia que el recurrente tuvo el efectivo dominio del hecho de toda la operación, y que el desgajamiento de una rama de la actividad de ACSUR que fue adquirida por el recurrente a través de su empresa Canalizaciones y Viales fue una verdadera sucesión fraudulenta de empresa .

Se comparte esta calificación en este control casacional ya que en definitiva, el único activo relevante estaba representado por los contratos de EMACSA que a partir de la segregación fueron gestionados por Canalizaciones y Viales quedando los trabajadores de



www.civil-mercantil.com

ACSUR que no fueron los 16 que se transmitieron a Canalizaciones y Viales, en un verdadero limbo laboral, sin sueldo, sin trabajo, sin útiles y cortados los suministros de luz y agua por impago de los recibos correspondientes . Como se dice en la sentencia: "con estos antecedentes la situación de los trabajadores que quedan en ACSUR resulta absolutamente desesperada, puesto que se encuentran como plantilla de una empresa sin ninguna actividad y con el cierre de la sede correspondiente" .

Esta situación se denuncia en la segunda de las Inspecciones efectuada el 7 de Junio de 2013.

La sentencia recoge del Acta de la Inspección lo siguiente :

"...Tales hechos (falta de ocupación efectiva y falta de pagos de salarios y que afectan a la totalidad de trabajadores de la empresa) lo que significan en realidad es que se ha producido un efectivo cierre de empresa o cese de sus actividades sin la autorización laboral pertinente.

No cabe calificar de otra manera los hechos relatados si la empresa no paga salario alguno a ninguno de sus trabajadores y tampoco da trabajo a ninguno de ellos, sin que -a estos efectos- se pueda alegar que existan trabajadores a los que se les ha entregado una comunicación empresarial en la que les considera en situación de "permiso retribuido", pues tal permiso nunca se les retribuye y en la empresa no trabaja nadie. Más bien se trata de una ficción legal, un fraude de ley, mediante el uso de figuras legítimas para la consecución de fines ilícitos...." .

Concluye la sentencia en el último párrafo del f.jdco. tercero en los siguientes términos :

"...Resulta acreditado que abusando de la situación de necesidad de los trabajadores, se les impuso condiciones de trabajo de forma clara perjudicaban, restringían y suprimían derechos esenciales como son al derecho al salario, al empleo efectivo, y a trabajar en condiciones mínimamente dignas.... a la vez que se les suprimían los derechos que tendrían que corresponderles en caso de despido individual o de haberse tramitado ERE extintivo o de procederse al cierre empresarial...." .

Como se ha anticipado y ahora se reitera, se comparte la argumentación que justifica el fallo de la sentencia recurrida .

Quinto.

Pasamos seguidamente a las respuestas a las cuestiones alegadas por el recurrente en este motivo y a las que hemos referenciado en el f.jdco. segundo.

1- En relación a la acción típica de "imponer" , es claro que el argumento del recurrente de que los trabajadores aceptaron la situación, es decir prestaron su consentimiento, lo que evitaría que se hablase de "imposición" es argumento que se desvanece por sí solo.

Los trabajadores concernidos --los que se quedaron en ACSUR tras la segregación de la actividad relativa al contrato con EMACSA-- ni consintieron ni pudieron consentir . Simplemente soportaron esa situación que les fue impuesta por el recurrente, y eso sí, sufrieron sus consecuencias al quedar sin sueldo, sin actividad y de hecho cerrada la empresa. Por lo demás, es claro que como reflexión teórica, solo el consentimiento puede enervar la imposición cuando se es libre de consentir o no , esto es, se es libre de decidir, por lo que no

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

hay consentimiento válido cuando este se encuentra viciado bien por el engaño o por la necesidad a que hace referencia el tipo penal.

2- Sobre la situación de necesidad , se comparte el principio de mínima intervención y la naturaleza de última ratio de la actuación penal, pero en el caso enjuiciado hay claramente una situación de clarísimo abuso en perjuicio de los trabajadores al segregarse la actividad rentable de la empresa adquirida --que ya se sabía tenía deudas y estaba sobredimensionada en cuanto a su plantilla-- y provocar con esta situación un efectivo cierre de la empresa obviando la realización del ERE extintivo, además del impago de los salarios referidos. Consideramos que lo relevante es segregación efectuada, claramente fraudulenta . El hecho de que en las inspecciones laborales no se haya dado cuenta al Ministerio Fiscal, resulta irrelevante en la medida que tal traslado no es exigido por el tipo penal, por lo tanto tal omisión carece de toda relevancia .

3- En relación al abuso de situación de necesidad resulta patente la situación en que quedaron los trabajadores de ACSUR que permanecieron en dicha empresa tras la segregación efectuada.

Esta situación es un aliud , es decir una situación relevante e independiente al desequilibrio existente en toda relación laboral o a la situación de crisis económica que se ha centrado sobre la clase trabajadora, y por supuesto resulta inaceptable la tesis de equiparar esa situación a la de estado de necesidad de la eximente del art. 20-4º C.P .

4- En relación al dolo , la sentencia en el hecho probado, a cuya obediencia ha de estarse dado el cauce casacional utilizado se nos dice que el recurrente, por sí solo decide la segregación de un ramo de la actividad, contrata a alguno de los antiguos trabajadores de ACSUR, y deja al resto, dejando asimismo a ACSUR sin actividad "a sabiendas de que lo procedente era la liquidación de la misma" , igualmente se hace referencia "al ánimo de perjudicar al grupo de esos trabajadores y con la clara finalidad de eludir sus obligaciones" .

Asimismo se reconoce por el propio recurrente que tenía el dominio del hecho y de toda la situación, ya que tras la marcha de los otros tres socios tanto ACSUR como Canalizaciones y Viales que asumió la actividad segregada de aquella, pertenecía al recurrente.

Se insiste por el recurrente que no es cierto que ACSUR quedara sin actividad empresarial. Con independencia de que no es eso lo que dice el hecho probado, y de que por otra parte se reconoce el impago de salarios, las vacaciones no retribuidas, el traslado de los trabajadores a otra nave industrial y el cierre de la sede empresarial, y, significativamente se silencia que el recurrente se llevó todo el utillaje, instrumentos y enseres. Se trata de justificar tal hipotética actividad de ACSUR con las certificaciones que obran a los folios 758 y siguientes relativas a obras efectuadas tanto para EMACSA, tanto para ACSUR como para Canalizaciones y Viales.

Efectivamente a los folios citados, 758 y siguientes, se encuentran calificaciones de ACSUR y de EMACSA.

Pues bien un examen de dichas certificaciones acredita que :

a) Las certificaciones expedidas por ACSUR-S.A. son todas de fechas anteriores a la segregación de la rama de ACSUR- S.A. que fue adquirida por el recurrente a través de su empresa Canalizaciones y Viales, segregación que tuvo lugar el 7 de Febrero de 2013, véase al respecto las certificaciones de los folios 760 a 927 .

b) Solo existen a los folios 927 a 933 siete certificaciones de Abril de 2013 en las que aparece como adjudicataria ACSUR, firmando el informe como tal, siendo significativo que observamos en este control casacional que la firma, obviamente sin ningún valor pericial parece, a simple vista, es la misma que tienen las certificaciones de Canalizaciones y Viales,



www.civil-mercantil.com

pero siendo igualmente relevante que al folio 935 aparezca una liquidación, también correspondiente al mes de Abril de 2013 pero por parte de Canalizaciones y Viales.

En definitiva, lo que es claro es que el argumento de que ACSUR-S.A. mantuvo su actividad después de la segregación y la referencia a las certificaciones de obras como justificación de ello carece de toda virtualidad. ACSUR permaneció sin actividad, y sus trabajadores sin trabajo, sin sueldo y sin que la empresa --el recurrente-- hubiera hecho el ERE extintivo, por lo que se vieron privados de sus derechos laborales.

5- En cuanto al resultado, es claro que el delito está consumado dada su naturaleza de resultado cortado que no exige la realidad del perjuicio. En cuanto a las argumentaciones del recurrente que tratan de banalizar las estrategias de vacaciones sin sueldo, o el corte de la luz y agua, o la reubicación de los trabajadores en otra nave industrial tras el cierre de la sede, son argumentaciones tan endebles y carentes de todo fundamento que con su sola enunciación se agota su eficacia.

En conclusión procede el rechazo del motivo .

Sexto.

El segundo motivo por la vía del error facti del art. 849-2º de la LECriminal denuncia error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal sentenciador.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos --entre otras STS 762/2004 de 14 de Junio, 67/2005 de 26 de Enero y 1491/2005 de 1 de Diciembre, 192/2006 de 1 de Febrero, 225/2006 de 2 de Marzo y 313/2006 de 17 de Marzo, 835/2006 de 17 de Julio, 530/2008 de 15 de Julio, 342/2009 de 2 de Abril, 914/2010 de 26 de Octubre, 685/2013 de 24 de Septiembre y 875/2014, entre otras--

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma..." , quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, tampoco tiene carácter documental a los efectos de este cauce casacional el soporte audiovisual en el que se haya podido grabar el acta del juicio o cualesquiera declaraciones testificales o de imputados, ni tampoco las fotografías, pues su contenido depende del lugar desde donde se toman, la luz del día, la calidad de la foto o el color, circunstancias que solo pueden ser valoradas por el Tribunal de instancia, que están en relación a ello es situación distinta por la intermediación de que dispuso y de la que carece esta Sala Casacional.

Tampoco tienen naturaleza de documento casacional las diligencias de reconocimiento en rueda porque solo recogen las manifestaciones de quien las efectúa, que como tales son declaraciones personales --STS 574/2004-- ni el acta de los registros domiciliarios ni las comparecencias de agentes policiales que intervinieron en las mismas, unas y otras son manifestaciones de las personas concernidas -- STS 950/2006 --.

También se pueden citar las SSTS 22/2000 ; 1553/2000 ; 335/2001 ; 284/2003 ; 196/2006 ; 766/2008 ; 195/2012 ; 365/2012 ; 545/2012 y entre las más recientes, 834/2014 y 875/2014 . De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina



www.civil-mercantil.com

de esta Sala --SSTS nº 1643/98 de 23 de Diciembre , nº 372/99 de 23 de Febrero , sentencia de 30 de Enero de 2004 y nº 1046/2004 de 5 de Octubre --. La justificación de alterar el factum en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal . Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. -- SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de Noviembre --.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99 , 765/04 de 11 de Junio .

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -- art. 855 LECriminal -- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de Marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí -- SSTS 465/2004 de 6 de Abril , 1345/2005 de 14 de Octubre , 733/2006 de 30 de Junio , 685/2009 de 3 de Junio , 1121/2009 , 1236/2009 de 2 de Diciembre , 92/2010 de 11 de Febrero , 259/2010 de 18 de Marzo , 86/2011 de 8 de Febrero , 149/2011 , 769/2011 de 24 de Junio , 1175/2011 de 10 de Noviembre , 325/2012 de 3 de Mayo , 364/2012 de 3 de Mayo , 691/2012 de 25 de Septiembre , 444/2013 de 16 de Mayo , 464/2013 de 5 de Junio , la ya citada 685/2013 de 24 de Septiembre , 994/2013 de 23 de Diciembre , 418/2014 de 21 de Mayo , 875/2014 de 15 de Diciembre y 395/2015 de 19 de Junio --.

El recurrente señala como errores en los que ha incurrido el Tribunal sentenciador los siguientes que enumera en número de ocho respecto de los que argumenta en las páginas 36 a 52 del motivo.



www.civil-mercantil.com

Los errores son los siguientes para el recurrente :

- 1- Sobre la titularidad y administración de ACSUR.
- 2- Sobre la situación de los contratos de EMACSA.
- 3- Sobre la transformación de ACSUR.
- 4- Sobre la situación económica de la empresa.
- 5- Sobre la decisión de segregar una rama de la actividad de ACSUR y la creación de la empresa "Canalizaciones y Viales Andaluces" .
- 6- Sobre el efecto de la segregación.
- 7- Sobre la necesidad de ERE extintivo.
- 8- Sobre los elementos subjetivos y objetivos típicos.

En apoyo y fundamento de tales errores se citan diversos documentos que, en relación a los dos primeros apartados acreditaría que el recurrente no era el propietario exclusivo de ACSUR-S.A., en relación a los apartados tercero y cuarto que lo cierto es que la situación económica tras la compra de ACSUR y su conversión en S.A. mejoró, pues su deuda pasó de 5'5 millones de euros a 1'7 millones, lo que no se compadece con la afirmación de la sentencia de que la situación económica no mejoraba tal compra. En relación a los apartados quinto y sexto que la segregación no fue fraudulenta como se afirma en la sentencia porque ACSUR continuó con su actividad, citando al respecto las certificaciones expedidas por EMACSA, y que por otra parte la segregación de dicha actividad que pasó a la empresa del recurrente "Canalizaciones y Viales" no fue una actuación oculta y, finalmente, en relación a los apartados siete y ocho relativos a la necesidad del ERE extintivo y a la intencionalidad fraudulenta, que no existió tal, y en todo caso, que el asesor laboral de la empresa no le planteó en ningún momento la necesidad de tal ERE extintivo, y, por tanto, no existió ninguna intención defraudatoria.

Al respecto, el recurrente cita diversas documentales, folios 429 a 478, folios 757 y siguientes, 494 y 495, 192 a 309, folios 758 y siguientes, así como declaraciones en el plenario de diversos testigos, tales como Justo , declaraciones del propio recurrente, Mario y Isidoro .

En relación a la documental , hay que decir que carece de toda suficiencia para acreditar error en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal sentenciador que pudiera tener relevancia para alterar la decisión final del caso , al referirse a cuestiones periféricas que ninguna importancia tienen en relación a los hechos delictivos imputados al recurrente, y por lo que se refiere a las declaraciones que se citan , es claro que de acuerdo con la doctrina expuesta en relación a este cauce casacional, se está ante pruebas personales que como tal están excluidas del ámbito de este cauce casacional.

Solo efectuaremos una referencia a la alegación del recurrente de que el mismo tenía un asesor externo en materia de derecho laboral y que en relación al ERE extintivo tal asesor alegó en el plenario que la empresa no tenía obligación de presentar el ERE porque de hecho ACSUR tras la segregación, seguía teniendo actividad empresarial como lo demostraría el contrato de limpieza de alcantarillas. Se dice en el motivo que la sentencia achaca al recurrente, la responsabilidad de no abordar el ERE extintivo siendo así que él se asesoraba de técnicos en los que confiaba. Textualmente se dice en el motivo --pág. 48--:

"...Como se ha expuesto antes, según los testigos, D. Daniel pertenece a la cara comercial de la empresa, y por tanto no tiene conocimientos técnicos sobre el derecho del trabajo, a la vista de lo cual se hace necesario acudir al asesoramiento especializado de quienes sí pueden indicar la dirección que puede tomar la empresa D. Daniel se dedica a la gestión de la calle...." .



www.civil-mercantil.com

Evidentemente se está ante una variante a la reiterada explicación/justificación que como un "mantra" se viene repitiendo en procesos de corrupción política/económica por parte de los responsables o directores de la dirección o gestión de los asuntos concernidos .

El recurrente, al socaire de que se ocupaba de la cara comercial de la Empresa, de la gestión de "la calle" , intenta transferir la responsabilidad de la situación en que quedaron los trabajadores en el gestor laboral que le asesoraba.

Tal transferencia de culpabilidad resulta inadmisibile , y su aceptación supondría una absoluta irresponsabilidad inaceptable para el sistema de justicia penal.

En el presente caso , hay que recordar que fue el propio recurrente con quien se llevó a cabo la doble inspección laboral a que ya hemos hecho referencia. En ambos el interlocutor del Sr. Inspector fue el recurrente, y como ya se ha dicho, como único propietario tuvo el dominio del hecho de todas y cada una de las decisiones descritas en los hechos declarados probados y que desembocaron en la vulneración de los derechos de sus trabajadores.

Procede la desestimación del motivo .

Séptimo.

- El tercer motivo denuncia incongruencia omisiva por no haber dado respuesta a la alegación efectuada en el escrito de defensa de encontrarse en una situación de error invencible de acuerdo con el art. 14-1º C.P .

Señala en su apoyo que además de lo alegado en los motivos anteriores, tampoco concurrirían en el presente caso los requisitos del art. 318 del C.P ., y niega que el Sr. Daniel tuviera el dominio del hecho como afirma la sentencia de instancia, recordando a este respecto las manifestaciones del testigo D. Justo en la que señalaba que aquél no se encarga del área de los recursos humanos ni de la relación directa con los trabajadores y que su papel era de hecho, la gestión comercial o "de calle", mientras que quien sí se ocupa específicamente de las relaciones con los trabajadores era el Sr. Jesús Carlos .

Que además el Sr. Daniel no es perito en materia laboral y necesita servirse del consejo de quienes sí poseen esa cualificación, que serían como asesor interno de ACSUR, el sr. Jesús Carlos , y como externo D. Mario .

En su consecuencia entiende que Daniel ha podido incurrir en una representación falsa o equivocada de la realidad, al no poseer los conocimientos jurídicos necesarios para dilucidar si ACSUR está obligada legalmente a poner en marcha el ERE extintivo que señala la sentencia, en lugar de operar la segregación de la rama de actividad. Y que lo que podría en todo caso discutirse si el error en que ha podido incurrir sea vencible o invencible.

Con independencia de lo dicho en el anterior f.jdco. sobre la inadmisibilidad de derivar las responsabilidades en el personal técnico es evidente y así se ha expresado reiteradamente este Tribunal Supremo, que la ausencia de obligación para el juzgador de una réplica puntual y expresa a todos y cada uno de los argumentos y alegaciones de la parte que, en tantas ocasiones, han de tenerse por obviamente descartados al acoger, con la suficiente motivación para ello, las tesis que les son contrarias y que las excluyen, por lo que deben entenderse como implícitamente rechazadas.

Por lo demás, la incongruencia omisiva exige para que pueda prosperar que se trate de:

a) Una verdadera omisión, laguna o ausencia de pronunciamientos sobre algún extremo, cometida por el juzgador y que no pueda suplirse ni aún acudiendo, incluso con motivo del recurso de casación, al contenido implícito de su resolución.



www.civil-mercantil.com

b) Que las pretensiones a que la omisión se refiera hayan sido planteadas, en tiempo y forma adecuados por cualquiera de las partes, y

c) Que las mismas versen sobre cuestiones jurídicas tales como la calificación de los hechos, la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la determinación de la pena o la de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito enjuiciado, y no sobre la pretensión de que se dé respuesta a determinados aspectos de mero contenido fáctico -- STS 110/2016 de 19 de Febrero --.

La situación en la que se sitúa a los trabajadores y el dominio del hecho que sobre todo ello tenía el Sr. Daniel , como reiteradamente señala la sentencia de instancia, da respuesta clara a la pretensión de la defensa.

Ningún error, vencible o invencible, puede derivarse de tal conducta. La exclusión de ello se deriva del propio tenor de la sentencia. No hubo silencio de la sentencia a esta cuestión.

Pero en todo caso y a mayor abundamiento es absolutamente necesario que quien alega la omisión a través de este cauce casacional haya intentado previamente solventarlo a través del cauce previsto en el art. 267 de la LOPJ y 161 de la LECriminal . Así la STS 323/2015 de 20 de Mayo que expresamente declara:

"...Al margen de la tempestividad y debida forma de la alegación invocada, una vez más hemos de reiterar que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, conlleva en este control casacional, una exigencia procesal, haber acudido previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia; cuyo no cumplimiento basta para su desestimación...." .

En el mismo sentido SSTs 841/2010 ó 134/2016
Procede la desestimación del motivo .

Octavo.

De conformidad con el art. 901 LECriminal procede la imposición al recurrente de las costas del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de D. Daniel , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección II, de fecha 11 de Marzo de 2016 , con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección II, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo. e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.