



Facultade de Dereito

**Programa de simultaneidade do Grao en Dereito e o Grao en
Administración e Dirección de Empresas**

**PROTECCIÓN INTERNACIONAL, PRECARIIDADE LABORAL E PROBLEMAS
DE VIVENDA**

**PROTECCIÓN INTERNACIONAL, PRECARIEDAD LABORAL Y PROBLEMAS
DE VIVIENDA**

INTERNATIONAL PROTECTION, JOB INSECURITY AND HOUSING PROBLEMS

TFG APRENDIZAXE POR SERVIZO - CÁRITAS

Traballo de Fin de Grao en Dereito presentado por

JAVIER DIGÓN RODRÍGUEZ

Dirixido por

DR. XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

A Coruña, 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
SUPOSTO.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CUESTIÓNS.....	9
I. Que poden facer Jesús e Laura polos danos e prexuízos padecidos por causa da actuación do arrendor, sempre e cando teñan dereito?.....	9
I.1. Contextualización do dereito á vivenda.....	9
I.2. Conceptualización legal do arrendador a arrendatario e regulación xurídica do alugueiro de vivenda.....	10
I.3. Opcións de Jesús e Laura para reclamar os danos e prexuízos.....	11
IV.4. Resarcimento dos danos e prexuízos.....	13
II. Como se pode cualificar xuridicamente a actuación de quen actúa como arrendador e que responsabilidades legais poden esixírselle?.....	15
II.1. Consideracións xerais sobre os delitos de estafas e falsidades.....	15
II.2. Delito de falsificación de documento privado do artigo 395 do CP en relación co artigo 390.1.1º. do CP.....	15
II.3. Delito de estafa impropia do artigo 251.1º. do CP.....	17
II.4. Análise xurídica do posíbel concurso de normas (artigo 8 do CP) ou de delitos (artigos 73 e ss. do CP).....	19
III. É correcta a situación laboral de Jesús e que debería facer en caso de que non o sexa?.....	21
III.1. Relación laboral.....	21

III.2. Contrato de traballo.....	22
III.3. Dereitos laborais e sociais derivados dunha relación laboral.....	23
III.4. Análise da situación laboral de Jesús.....	24
III.5. Conceptualización e principios do Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social.....	26
III.6. Ámbito da xurisdición social.....	26
III.7. Opcións para regularizar a situación laboral de Jesús.....	26
IV. Que consecuencias xurídicas se derivan da actuación do empresario neste caso?.....	27
IV.1. Conceptualización de empresario desde o punto de vista laboral.....	28
IV.2. Delito contra os dereitos dos traballadores do artigo 311.1º. do CP.....	29
IV.3. Posíbeis delitos dos artigos 305.1. e 307.1. do CP.....	31
IV.4. Infraccións e Sancións na Orde Social.....	32
V. Que pode facer Jesús para regularizar a súa situación administrativa logo da denegación da súa solicitude de asilo?.....	36
V.1. Migracións internacionais.....	36
V.2. Protección Internacional: condición de persoa refuxiada e protección subsidiaria..	37
V.3. Análise da solicitude de Protección Internacional. Denegación da Protección Internacional, efectos e posíbeis recursos.....	39
V.4. Dereito de arraigamento e autorización por razóns humanitaria.....	40

CONCLUSIONES..... 43

BIBLIOGRAFÍA..... 45

APÉNDICE LEXISLATIVO..... 45

APÉNDICE XURISPRUDENCIAL..... 48

ABREVIATURAS

- **CC:** Código Civil
- **CCo:** Código de Comercio
- **CE:** Constitución Española
- **CP:** Código Penal
- **DUDH:** Declaración Universal de Dereitos Humanos
- **ET:** Estatuto dos Traballadores
- **ETT:** Empresas de Tráballo Temporal
- **LAC:** Lei de Axuizamento Civil
- **LAU:** Lei de Arrendamentos Urbanos
- **LIRPF:** Lei do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas
- **LISOS:** Lei sobre Infraccións e Sancións na Orde Social
- **LOes:** Lei Orgánica de Estranxeiría
- **LOSITSS:** Lei Ordenadora do Sistema de Inspección de Tráballo e Seguridade
- **LRCSCVM:** Lei de Responsabilidade Civil e Seguro na Circulación de Vehículos a Motor
- **LRDAPS:** Lei Reguladora do Dereito de Asilo e da Protección Subsidiaria
- **LRXS:** Lei Reguladora da Xurisdición Social
- **LXSS:** Lei Xeral da Seguridade Social
- **PIDSEC:** Pacto Internacional de Dereitos Sociais Económicos e Culturais
- **RLOes:** Regulamento da Lei Orgánica de Estranxeiría
- **RXSS:** Réxime Xeral da Seguridade Social
- **STC:** Sentenza do Tribunal Constitucional
- **STS:** Sentenza do Tribunal Supremo
- **TC:** Tribunal Constitucional
- **TS:** Tribunal Supremo

SUPOSTO

Jesús e Laura, ambos nacionais peruanos, xunto coas súas dúas fillas de 7 e 5 anos respectivamente, veñen dende Perú a Galiza (A Coruña) o 25 de xullo de 2019 para visitar á nai del, que reside legalmente en España. O 27 de setembro dese mesmo ano os dous membros do matrimonio solicitan formalmente protección internacional (dereito de asilo), e polo tanto, outórgaselles permiso de residencia temporal mentres non se resolve o procedemento. Na entrevista que tivo lugar, ambos argumentaron a gran inseguridade de Perú como fundamento para a petición de asilo.

O 27 de marzo de 2020, tras solicitar a renovación do permiso de residencia, outórganlles novo permiso no que se lles autoriza a traballar nos seguintes 6 meses mentres non se resolve a solicitude. Jesús buscou emprego e conseguiu comezar a traballar nunha empresa de construción que opera na Coruña o 15 de setembro de 2020. Non obstante, o empresario decidiu non facerlle contrato laboral, sendo aceptada esta situación por Jesús debido ás súas necesidades económicas. Mentres estaba traballando nesta compañía, o 24 de novembro acudiu ao médico e este mandoulle facer unha PCR para o día seguinte a través do SERGAS, séndolle notificado o día 26 o positivo en Covid-19. O empresario quixo convencelo de que debería seguir acudindo ao seu posto de traballo a pesar de estar enfermo e de poder contaxiar. Jesús non acudiu ao traballo até o 5 de decembro, tras dar negativo nunha PCR o día anterior. O empresario non lle pagou polos días que non foi a traballar, argumentando que lle paga unicamente polos días que traballa. Na actualidade continúa na mesma empresa sen contrato.

A insuficiencia de medios para vivir determina que a parella solicite a RISGA da Xunta de Galicia, a cal é aprobada finalmente o 9 de outubro de 2020. Porén, a RISGA obrígalles a teren que alugar unha vivenda para poder percibir a renda de inserción, xa que levan vivindo nunha vivenda de acollida dende o 19 de xuño de 2020 (previamente viviron na casa da nai de Jesús, dende que chegaron a España). Ante esta situación, comezaron a buscar un domicilio para alugar. Chamaron ao teléfono dun anuncio dun piso, quedando o 27 de outubro de 2020 co arrendador do inmóbel, que daba a entender que era o seu propietario, para ver o estado do mesmo. O arrendador infórmalles de que o prezo son 450 euros mensuais e que teñen que entregarlle tamén 450 euros de fianza. Ese día o arrendador alega que ten pouco tempo dispoñíbel e practicamente non deixa tempo ao matrimonio para que poida examinar o estado do domicilio de xeito correcto. Posteriormente, o 30 de outubro de 2020 volven quedar co dono, visitando o piso por segunda vez. O arrendador alega de novo que ten que marchar rápido debido ás restricións de movemento existentes para loitar contra a pandemia. A visita ao domicilio é moi rápida, non permitindo un exame completo da vivenda. Neste encontro, fíxose un contrato manuscrito, no que só figura un número de DNI sen o respectivo nome e apelidos da persoa, cunha sinatura ilexible e no que aparece o seguinte texto: “Recibí la cantidad de 900 euros en concepto de señal para alquiler de Piso N°5 de la Calle la Paz N°18.”

Tras a sinatura dese documento, entregóuselles as chaves do piso ao matrimonio. O 1 de novembro acoden os dous interesados a ver a vivenda e observan que non cumpre as condicións necesarias para ser habitábel, con eivas tales como electrodomésticos deteriorados, ducha inservíbel, plaquetas e/ou azulexos rotos ou saltados, etc. Nese mesmo día tentan contactar telefonicamente co arrendador, e ao non poderen conseguilo, envíanlle unha mensaxe explicando os problemas que encontraran no piso, recibindo a contestación de que serían arranxados tales problemas. Logo de evidenciar o complicado que era contactar co

arrendador, Jesús e Laura propóñenlle unha rebaixa no prezo do alugueiro a cambio de que eles mesmos arranxen as eivas, ao que el se nega, polo que lle piden que lles devolva os 900 euros. Ante esta situación, póñense en contacto coa traballadora social de Cáritas, a cal consegue contactar co arrendador, quen se compromete a arranxar todos os problemas. Despois disto, ao non teren ningún contacto máis con esa persoa, o 19 de novembro unha voluntaria de Cáritas tenta contactar telefonicamente con el, sen conseguilo, ante o cal envía unha mensaxe que tampouco é contestada. Porén, tras esa mensaxe, o arrendador realiza unha chamada dicindo que vai devolver o diñeiro no momento en que finalice o peche perimetral de Santiago de Compostela. Dende ese día, non se consegue volver a contactar con el (nin responde ás chamadas nin ás mensaxes).

Nesta situación, Laura lembrou que o arrendador dixo que no 1º piso do edificio vivía a súa nai, polo que se dirixiu a esa vivenda. Ao chegar ao piso, recibiu un home que estaba vivindo de alugueiro e que lle informou que realmente a totalidade do edificio era propiedade da nai do arrendador. A raíz desta información, os traballadores de Cáritas conseguen os datos da propiedade da vivenda, comprobando que o n.º de DNI que aparecía no documento asinado por ambas partes era o da nai do arrendador, polo que o arrendador suplantou a identidade da propietaria, é dicir, da súa nai. Tras este descubrimento, o 5 de xaneiro de 2021, preséntase unha denuncia ante a Policía Nacional por parte de Jesús e Laura contra o arrendador do inmóbel. Dita persoa, tras recibir a comunicación da denuncia, acode ás instalacións de Cáritas na Coruña o 14 de xaneiro. Nese encontro comprométese a devolver 450 euros (a metade do diñeiro entregado polo matrimonio). Días despois desa reunión, o 22 de xaneiro, o arrendador realiza a transferencia de diñeiro da cantidade anteriormente mencionada, mais non responde ás chamadas e mensaxes nas que se lle pregunta onde deixar as chaves do inmóbel, polo que estas seguen en propiedade do matrimonio. Dende o 1 de febreiro de 2021, Jesús e Laura teñen outra vivenda en réxime de alugueiro.

Mentres todo isto sucedía, a situación complicouse no caso de Jesús. O 30 de decembro de 2020 recibe a notificación da denegación da súa solicitude de asilo, podendo provocar isto que pase a unha situación administrativa irregular, con consecuencias negativas para poder traballar (non se podería por falta de autorización) e para seguir cobrando a protección que supón a RISGA.

INTRODUCCIÓN

A “Aprendizaxe por Servizo” (ApS) é unha proposta educativa que combina procesos de aprendizaxe e servizo á comunidade nun só proxecto, no cal as persoas participantes se forman traballando sobre necesidades reais da contorna co obxectivo de melloralas (Puig Rovira et al., 2011, pp. 45-67). A principal diferenza co voluntariado reside en que os proxectos de ApS dan resposta sempre a resultados de aprendizaxe asociados a unha materia do currículo académico co obxectivo de acadar determinadas competencias propias da titulación na que se enmarca esa materia. Esta experiencia de aprendizaxe-servizo á comunidade reforza e nutre a formación do alumnado na adquisición e posta en práctica de coñecementos xurídicos a través dun aprendizaxe activo e colaborativo. O servizo á comunidade supón o desenvolvemento dun compromiso solidario e favorece o medre persoal, o pensamento crítico e as aptitudes reflexivas (isto é, conciencia crítica e capacidade de compromiso), dado que se achega unha visión máis realista do mundo e pegada a quen máis necesita axuda e xustiza social.

No contexto dos plans de estudos da UDC, unha proposta de ApS pode efectuarse no marco das distintas materias dunha titulación, como tamén no dos TFG, TFM ou Prácticum. Así, a elaboración deste Traballo de Fin de Grao realizouse mediante a modalidade de ApS. Trátase dunha actividade que integra ó mesmo tempo a realización de servizos á comunidade, e a aprendizaxe de conceptos, competencias e habilidades necesarios para a realización dos devanditos servizos (Uruñuela Nájera, 2018).

Neste sentido, mediante esta modalidade examinouse un caso real facilitado polo centro de Cáritas de A Coruña, analizando a situación dos afectados e outorgando unha resposta xurídica á mesma. A metodoloxía empregada foi o manexo sistemático de fontes xurídicas (legais, xurisprudencias e doutriniais), así como a posterior posta en relación das mesmas coa casuística real dos afectados. O presente caso ten gran interese por congregarse na mesma realidade diferentes problemáticas sociais e xurídicas: protección internacional, precariedade laboral e problemas de vivenda. Concretamente, en relación á problemática da vivenda, abordaremos a cuestión relativa ós danos e prexuízos padecidos por Jesús e Laura, así como as responsabilidades legais de quen actúa como arrendador. En canto á precariedade laboral, achegarémonos á situación de Jesús no traballo, para analizar a súa legalidade, e as posibles consecuencias xurídicas que se derivan da actuación do empresario. No concernente á protección internacional, consideraremos as diferentes opcións de Jesús para regularizar a súa situación tras a denegación da solicitude de asilo. Deste xeito, a realidade dos afectados obríganos á utilización de ferramentas xurídicas propias de diferentes ramas do Dereito, véxase fundamentalmente, o ámbito civil, penal, laboral e internacional público, para así conseguir obter respostas a unha casuística complexa, o cal contribúe á elaboración do traballo dende unha perspectiva multidisciplinar. Ademais, a análise e resolución do mesmo, serve tanto para afondar na utilidade do Dereito como medio para a resolución de conflitos, como para incentivar a concienciación social dos estudantes coas problemáticas reais da sociedade actual. En síntese, a ApS é unha estratexia que consegue conciliar nunha mesma actividade unha maior adquisición de coñecementos e competencias, cunha mellor integración do alumnado na sociedade.

CUESTIÓNS

1. Que poden facer Jesús e Laura polos danos e prexuízos padecidos por causa da actuación do arrendor, sempre e cando teñan dereito?

I.1. Contextualización do dereito á vivenda

No ámbito constitucional español, aparece recollido o dereito á vivenda no art. 47 da Constitución Española¹(en adiante, CE), que di: *todos os españois teñen dereito a gozar dunha vivenda digna e adecuada. Os poderes públicos promoverán as condicións necesarias e establecerán as normas pertinentes para facer efectivo este dereito, regulando a utilización do chan de acordo co interese xeral para impedir a especulación (...).*

Neste caso concreto de dereito á vivenda, é preciso ter en conta as seguintes matizacións que realizou o Tribunal Constitucional (en adiante, TC) sobre o seu alcance e contido. Concretamente, seguindo as seguintes sentenzas: STC de 20 de xullo de 1998 (ECLI: ES:TC:1988:152), STC de 27 de abril de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:7) e STC de 14 de maio de 2015 (ECLI:ES:TC:2015:93), estamos ante un dereito de carácter social *stricto sensu*, polo que non se trata dun dereito subxetivo. Neste sentido, non confire ós seus titulares unha acción exercitábel coa finalidade de obtención directa dunha vivenda nas condicións que estipula o propio art. 47 da CE. O dereito á vivenda, que se encontra regulado dentro do Capítulo III do Título I, actúa como un mandato dirixido aos poderes públicos, que están obrigados a organizar, planificar e executar as políticas públicas necesarias para facer efectivo este dereito, conformando un principio rector da política social e económica, tal e como enuncia o propio nome do Título I “Dos principios rectores da política social e económica”.

Ademais do mencionado anteriormente, a determinación do contido do dereito á vivenda está vencellada ó estipulado nos artigos 10.2. e 96.1 da CE. O art. 10.2. da CE estipula o seguinte: *as normas relativas aos dereitos fundamentais e ás liberdades que a Constitución reconece interpretaranse de conformidade coa Declaración Universal de Dereitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas materias ratificados por España*, e o art. 96.1 da CE di: *os tratados internacionais validamente celebrados (...) formarán parte do ordenamento interno*, polo que as súas disposicións, *só poderán ser derogadas, modificadas ou suspendidas na forma prevista nos propios tratados ou de acordo coas normas xerais do Dereito internacional*.

Na liña do explicado anteriormente, cómpre facer mención especialmente á Declaración Universal de Dereitos Humanos² (en adiante, DUDH), e ao Pacto Internacional de Dereitos Sociais Económicos e Culturais³ (en adiante, PIDSEC). Concretamente o art. 25.1 da DUDH estipula:

Toda persoa ten dereito a un nivel de vida adecuado que lle asegure, así como á súa familia, a saúde e o benestar, e en especial a alimentación, o vestido, a vivenda, a asistencia médica e os servizos sociais necesarios; ten así mesmo dereito aos seguros en

¹ Constitución Española. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

² Asemblea Xeral das Nacións Unidas na súa Resolución 217 A (III), o 10 de decembro de 1948 en París.

³ Instrumento de Ratificación de España do Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais, feito en Nova York o 19 de decembro de 1966.

caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viudez, vellez ou outros casos de perda dos seus medios de subsistencia por circunstancias independentes da súa vontade.

O art. 11.1 do PIDSEC di o seguinte en relación á vivenda:

Os Estados Partes no presente Pacto recoñecen o dereito de toda persoa a un nivel de vida adecuado para si e a súa familia, mesmo alimentación, vestido e vivenda adecuados, e a unha mellora continua das condicións de existencia. Os Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar a efectividade deste dereito, recoñecendo a este efecto a importancia esencial da cooperación internacional fundada no libre consentimento.

I.2. Conceptualización legal do arrendador a arrendatario e regulación xurídica do alugueiro de vivenda

Seguindo o establecido no art. 1546 do Código Civil⁴(en adiante, CC): *chámase arrendador ao que se obriga a ceder o uso da cousa, executar a obra ou prestar o servizo, e arrendatario ao que adquire o uso da cousa ou o dereito á obra ou servizo que se obriga a pagar*. En consonancia con isto, Jesús e Laura ostentan a figura de arrendatarios, e a persoa que lles arrenda a vivenda, de arrendador.

A lei encargada en España da regulación do alugueiro de vivenda é a Lei de Arrendamentos Urbanos⁵ (en adiante, LAU). Como podemos observar, no art. 1, establece o seu ámbito de aplicación no que di: *a presente lei establece o réxime xurídico aplicábel aos arrendamentos de predios urbanos que se destinen a vivenda ou a usos distintos do de vivenda*.

Esta lei foi modificada en diferentes ocasións dende a súa entrada en vigor o 1 de xaneiro de 1995. A reforma máis profunda foi no 2013, coa Lei de medidas de flexibilización e fomento do mercado do alugueiro de vivendas⁶, coa que se pretendía dar máis autonomía á vontade das partes e reducir a protección que establecía anteriormente a lei ós arrendatarios de vivenda, polo que modificou moitos dos artigos da LAU. Emporiso, o Real Decreto-lei de medidas urxentes en materia de vivenda e alugueiro⁷, no ano 2019, voltou a modificar a LAU para que os arrendamentos de vivenda estivesen de novo suxeitos a unha regulación imperativa semellante á de 1994 (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2019).

Deste xeito, os alugueiros celebrados con anterioridade á entrada en vigor deste Real Decreto-lei, seguirán a rexirse polo establecido no réxime xurídico que lles era de aplicación, aínda que as partes poden adaptar os seus contratos preexistentes ao réxime xurídico actual, tal e como se establece na propia Disposición transitoria primeira.

A LAU tamén define o que se entende conceptualmente por vivenda a efectos da presente lei. Neste sentido, o art. 2.1. estipula o seguinte: *considérase arrendamento de vivenda aquel arrendamento que recae sobre unha edificación habitábel cuxo destino*

⁴ Real Decreto de 24 de xullo de 1889 polo que se publica o Código Civil.
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1/con>)

⁵ Lei 29/1994, de 24 de novembro, de Arrendamentos Urbanos
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/11/24/29/con>)

⁶ Lei 4/2013, de 4 de xuño, de medidas de flexibilización e fomento do mercado do alugueiro de vivendas
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/06/04/4>)

⁷ Real Decreto-lei 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urxentes en materia de vivenda e alugueiro
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/01/7>)

primordial sexa satisfacer a necesidade permanente de vivenda do arrendatario. Ademais, o art. 7.1. da LAU completa a definición co seguinte: *o arrendamento de vivenda non perderá esta condición aínda que o arrendatario non teña no predio arrendado a súa vivenda permanente, sempre que nela habiten o seu cónxuxe non separado legalmente ou de feito, ou os seus fillos dependentes.* Quedarán tamén comprendidos no arrendamento de vivenda, e polo tanto suxeitos á súa regulación, os trasteiros, as prazas de garaxe e calquera outra dependencia, espazo arrendado ou servizo cedido como accesorio do predio polo mesmo arrendador (art. 2.2. da LAU).

Dedúcese da definición legal que o arrendamento pode ser calificado como de vivenda aínda que o arrendatario tamén desenvolva no inmóbel unha actividade profesional, sempre e cando o destino primordial do arrendamento sexa satisfacer a necesidade permanente de vivenda. Neste sentido, non poden calificarse como arrendamentos de vivenda os arrendamentos de temporada ou de segunda residencia, ao non teren como obxectivo principal satisfacer a necesidade permante de vivenda do arrendatario (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2019).

Para determinar o réxime aplicábel ao arrendamento de vivenda, así como a xerarquía de fontes, cómpre facer unha interpretación sistemática dos artigos 4 e 6 da LAU. Deste xeito, podemos establecer que o disposto no Título IV da LAU, sobre a fianza e a formalización do contrato, aplícase imperativamente (arts. 36 e 37). O Título II (arts. 6 a 28) establece unha serie de regras especiais que son de aplicación preferente ao CC. Algunhas destas regras son de carácter imperativo (excepto se o arrendamento é de vivenda suntuaria⁸), e outras son dispoñíbeis polas partes. As regras imperativas son en beneficio do arrendatario, polo que son nulas as estipulacións entre partes que as modifiquen en prexuízo do arrendatario, mais son válidas as que mellores as súas condicións (art. 6 da LAU). Dentro do Título II, son dispositivas as regras que explicitamente admiten pacto en contrario, e se ese pacto existe, rexirase polo pactado, e non pola regra legal que será supletoria (art. 4.2. da LAU). A exclusión das regras dispositivas deberá de facerse de forma expresa a cada unha delas (art. 4.4. da LAU).

Cómpre mencionar que existen determinados supostos excluídos (art. 5) nos que a LAU non se aplica, a pesar de que si que entrarían dentro do ámbito de aplicación xeral do art. 1. Ademais, os chamados arrendamentos de industria ou empresa non están suxeitos á LAU, xa que o obxeto arrendado non é só a edificación urbana onde se encontra a empresa, senón todos os elementos materiais e inmateriais que compoñen a mesma (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2019).

I.3. Opcións de Jesús e Laura para reclamar os danos e prexuízos

Como puidemos explicar no apartado anterior, o título IV da LAU é de aplicación imperativa ó arrendamento de Jesús e Laura. Dentro deste título IV, no seu art. 20.1 *establécese que o arrendador está obrigado a realizar, sen dereito a elevar por iso a renda, todas as reparacións que sexan necesarias para conservar a vivenda nas condicións de habitabilidade para servir ao uso convindo, salvo cando a deterioración de cuxa reparación*

⁸ Artigo 4.2. da LAU no que se definen as vivendas suntuarias: *vivendas cuxa superficie sexa superior a 300 metros cadrados ou nos que a renda inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces o salario mínimo interprofesional en cómputo anual e o arrendamento corresponda á totalidade da vivenda (...).*

se trate sexa imputábel ao arrendatario a tenor do disposto nos artigos 1.563 e 1.564 do Código Civil.

Se acudimos ao art. 1554.2 do CC tamén encontramos a mesma resposta ante esta situación: *o arrendador está obrigado: (...) 2.º A facer nela durante o arrendamento todas as reparacións necesarias a fin de conservala en estado de servir para o uso a que foi destinada (...).*

É evidente pois, que o arrendador de Jesús e Laura ten a obriga arranxar todas aquelas eivas que ten a vivenda, para así conservala en condicións de habitabilidade, xa que ambos recibiron a devandita vivenda con todos os problemas existentes, sen ser eles os causantes de ningunha das reparacións necesarias. Porén, tal e como reflicte o art. 1563⁹ do CC, existe unha presunción *iuris tantum* de que a responsabilidade da deterioración da cousa arrendada é do arrendatario, polo que terán que demostrar que a vivenda foi recibida nesas condicións e que polo tanto non teñen ningunha responsabilidade na súa situación actual.

A pesar de que ambos arrendatarios comunicaron a necesidade das reparacións o día 1 de novembro, seguindo o estipulado no art. 21.3. da LAU, e de que o propio arrendador recoñeceu a existencia desas eivas afirmando que serían arranxadas, o arrendador fixo caso omiso ás peticións de Jesús e Laura.

Neste contexto, ante o incumprimento de conservación da vivenda en condicións de habitabilidade por parte do arrendador, existe un incumprimento das súas obrigacións, o cal está estipulado no propio art. 27.1. da LAU, que di o seguinte: *o incumprimento por calquera das partes das obrigacións resultantes do contrato dará dereito á parte que houber cumprido as súas a esixir o cumprimento da obrigación ou a promover a resolución do contrato de acordo co disposto no artigo 1.124 do Código Civil.* Máis especificamente, tamén no art. 27.3. da LAU di: *o arrendatario poderá resolver o contrato polas seguintes causas: a) A non realización polo arrendador das reparacións a que se refire o artigo 21 (...).*

Á luz destes artigos, Jesús e Laura teñen dúas opcións xurídicas diferentes, ou ben esixir o cumprimento da obrigación que ten o arrendador para que finalmente arranxe as eivas existentes que impiden a posibilidade de vivir na vivenda, ou ben resolver o contrato de alugueiro. Seguindo o art. 1124 do CC, en ambos supostos existe a posibilidade de reclamación de danos e prexuízos. Acudindo ao tenor literal do artigo, establécese que: *o prexudicado poderá escoller entre esixir o cumprimento ou a resolución da obrigación, co resarcimiento de danos e abono de intereses en ambos os casos. Tamén poderá pedir a resolución, aínda despois de optar polo cumprimento, cando este resultar imposible (...).*

En relación á resolución do contrato, a xurisprudencia admitiu a posibilidade do exercicio extraxudicial da acción resolutoria (STS de 27 de xuño de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4568), aínda que serán os tribunais os competentes para determinar se é procedente ou non, no caso de ser impugnada (art. 1124 do CC), así como para establecer as súas consecuencias (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2017). A lexitimación para iniciar a acción de resolución correspóndelle á parte prexudicada polo incumprimento e que cumpriu a súa obrigación, está disposta a cumprila, tentou cumprila mais a outra parte impediullo ou ben comezou a cumprila pero deixou de facelo ante o incumprimento da outra parte (STS de 2 de febreiro de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:329)). En síntese, a parte cumpridora ten a

⁹ Artigo 1563 do CC: *O arrendatario é responsábel da deterioración ou perda que tiver a cousa arrendada, a non ser que probe terse ocasionado sen culpa súa.*

lexitimación activa (STS do 7 de novembro de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9123)), sendo o prazo de prescripción de 5 anos (art. 1964.2.¹⁰ do CC), comezando a contar dende o momento en que pode esixirse o cumprimento da obrigaón.

En relación ao incumprimento necesario para poder resolver o contrato, o incumprimento debe de ser obxectivo (STS de 17 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2025)). No presente caso, o incumprimento consiste na negativa por parte do arrendador a realizar as obras necesarias de conservación e reparación da vivenda para que cumpra coas condicións de habitabilidade que establece o art. 20.1. da LAU.

Os efectos da acción de resolución son: a extinción da relación obrigatoria, non só para o futuro, senón con carácter retroactivo, é dicir, *ex tunc*, excepto nas obrigras de tracto sucesivo, que en principio ficarían resoltas a partir do intre en que fosen incumpridas, xa que a retroactividade non alcanza ás prestacións xa consumadas (STS de 17 de abril de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:3179) e STS de 10 de decembro de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5217)). No presente caso estamos ante un contrato de alugueiro, que é de tracto sucesivo, polo que non tería efectos retroactivos.

Pola súa banda, a acción de cumprimento da obrigaón consiste en esixirlle ó debedor o cumprimento. No caso de non cumprir voluntariamente, o tribunal competente poderá decretar a execución forzosa en forma específica, *in natura*, polo propio debedor ou ben á súa costa, según os casos. Se non é posíbel, por tratarse dunha obriga de facer persoalísima, ou por ter debido imposíbel o cumprimento *in natura*, procederá o cumprimento por equivalente (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2017).

No presente caso, existe unha obriga de facer, concretamente a obriga de reparación e conservación da vivenda por parte do arrendador, a cal non é unha obriga de facer persoalísima, polo que se o arrendador non cumpre, mandarase executar á súa costa (arts. 1098 do CC e 706 da Lei de Axuizamento Civil¹¹ (en adiante, LAC).

I.4. Resarcimento dos danos e prexuízos

No presente caso, o arrendatario dispón dunha acción para reclamar os danos e prexuízos que o arrendador lle causou co seu incumprimento, e así poder reequilibrar a súa economía tras o dano patrimonial sufrido. Para poder obter dita indemnización, é necesario que o arrendador sexa o responsábel do incumprimento, e que o arrendatario consiga acreditar a existencia de danos e prexuízos. A obrigaón de indemnizar os danos e prexuízos é unha débeda pecuniaria, polo que a súa cuantía debe reflectir o importe que no momento de producirse o resarcimento sexa equivalente ó valor do quebrantamento sufrido no seu día polo incumprimento (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2017). Esta acción é compatíbel tanto coa acción de cumprimento, como coa acción resolutoria, tal e como establece o art. 1124 do CC.

A indemnización inclúe tanto o dano emerxente, que é o dano ou perda sufrida polos arrendatarios neste caso, como o lucro cesante, que é a ganancia deixada de obter por Jesús e

¹⁰ Artigo 1964.2. do CC: *As accións persoais que non teñan prazo especial prescriben aos cinco anos desde que poida esixirse o cumprimento da obrigaón. Nas obrigaóns continuadas de facer ou non facer, o prazo comezará cada vez que se incumpran.*

¹¹ Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/1/2000/01/07/1/con>)

Laura como consecuencia do incumprimento (STS de 6 de febreiro de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:428)). Esta división atendendo á natureza do dano patrimonial é a que fai o propio art. 1106 do CC: *a indemnización de danos e prexuízos comprende, non só o valor da perda que sufrisen, senón tamén o da ganancia que deixase de obter o acreedor (...)*.

O dano emerxente está constituído fundamentalmente polo custo de reparación, ou no seu caso do valor de reposición, do ben ou dereito lesionado, así como os gastos extras en que tivese incurrido o prexudicado como consecuencia do incumprimento. Para a súa valoración aplícanse criterios de mercado mediante a correspondente peritación (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2017). No relativo ó lucro cesante, o Tribunal Supremo (en adelante, TS) mantivo en numerosas ocasións a necesidade de que fose probado do mesmo xeito que calquer outro dano, sendo fortemente esixente con iso (STS de 21 de outubro de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:5698), e STS de 21 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:4757)). Para a súa valoración case sempre é necesario acudir a criterios de causalidade probabilística, esixindo ós demandantes proba dos beneficios que se terían obtido cun alto grao de probabilidade (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2017).

A pesar de que o CC non contén ningunha referencia ao dano moral nas obrigas contractuais, a doutrina e a xurisprudencia máis recente inclínanse a favor dun posíbel resarcimento do mesmo (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2017). Neste sentido tense pronunciado o TS na seguinte sentenza: STS de 13 de abril de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3065). A valoración deste tipo de danos está sometida á arbitrariedade xudicial. Porén, coa chegada dos baremos de valoración do dano persoal establecidos na Lei de responsabilidade civil e seguro na circulación de vehículos a motor¹² (en adelante, LRCSCVM) a situación mudou sustancialmente, xa que a pesar de que os devanditos baremos son para uso exclusivo de accidentes de circulación, estes tamén están sendo aplicados de xeito orientativo polos tribunais para valorar danos de orixe diferente (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2017).

A doutrina considera que a indemnización por danos e prexuízos é unha débeda de valor, polo que a súa cuantía non se determina na data de incumprimento, nen cando é xudicialmente reclamada, senón na data de condena definitiva. En consecuencia, se a sentenza só determina as bases para o cálculo da indemnización, deberán aplicarse esas bases na data de execución da sentenza (Bercovitz Rodríguez-Cano et al., 2017).

Á hora de determinar os danos e prexuízos, tamén é necesario ter en conta o estipulado no art. 1107 do CC: *os danos e prexuízos de que responde o debedor de boa fe son os previstos ou que se puideron prever ao tempo de constituírse a obrigación e que sexan consecuencia necesaria da súa falta de cumprimento. En caso de dolo responderá o debedor de todos os que coñecidamente se deriven da falta de cumprimento da obrigación*. No presente caso, o arrendador levou a cabo unha conduta dirixida a vulnerar o dereito do arrendatario de dispoñer da vivenda en condicións de habitabilidade, negándose a reparar as eivas existentes na mesma. Deste xeito, podemos concluír que existiu dolo pola súa parte e que polo tanto, é responsábel de todos os danos e prexuízos derivados da falta de cumprimento da súa obrigación.

¹² Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de responsabilidade civil e seguro na circulación de vehículos a motor (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/10/29/8/con>)

II. Como se pode cualificar xuridicamente a actuación de quen actúa como arrendador e que responsabilidades legais poden esixírselle?

II.1. Consideracións xerais sobre os delitos de estafas e falsidades

En relación ós delitos de estafas, o Código Penal (en adiante, CP)¹³ adícalle a Sección 1º do Capítulo VI do Título XIII. Nesta sección, tipifícanse unha serie de delitos que teñen como nexos comúns que se produce un prexuízo patrimonial mediante unha conduta enganosa. A través desta característica compartida, o engano, a doutrina foi construíndo un concepto xenérico de estafa capaz de englobar as diferentes formas de materialización da mesma, aínda que tal e como veremos posteriormente, algunha das figuras típicas, como a estafa impropia (art. 251 do CP), presentan particularidades que non son subsumíbeis no concepto xenérico (Muñoz Conde, 2004).

O ben xurídico protexido en todas as modalidades de estafa é o patrimonio alleo en calquera dos seus elementos integrantes, os cales poden constituír o obxecto material do delito. Porén, isto non quere dicir que, salvo nalgunha modalidade concreta, o patrimonio sexa considerado como un todo como ben xurídico protexido, senón que a estafa pode incidir en calquera dos elementos do mesmo, véxase bens móbeis ou inmóbeis, dereitos, etc. Ademais, a estafa lesiona a boa fe propia do tráfico xurídico, xa que normalmente agárdase que se cumpran as obrigas contraídas na forma pactada (Muñoz Conde, 2004).

En canto ós delitos de falsidades, o CP adícalle o Título XVIII, no cal todos os delitos teñen en común o feito de atacar os símbolos de representación das relacións xurídicas e económicas que permiten ás sociedades actuais desenvolverse nuns parámetros mínimos de confianza e seguridade. Sen esa confianza, sería imposíbel un normal desenvolvemento do tráfico xurídico, polo que a súa seguridade é o ben obxecto de tutela de todos os delitos deste título (González Cussac et al., 2016).

De todas as tipoloxías falsarias tipificadas no Título XVIII, as máis relevantes son as que afectan a documentos, xa que estes son os principais instrumentos empregados no tráfico xurídico para facilitar e axilizar o seu funcionamento. Por ese motivo, as dúas primeiras seccións do Capítulo II, están adicadas á falsidade documental. Neste sentido, é importante a diferenciación conceptual entre os documentos públicos, oficiais e mencentís, e os documentos privados, xa que como veremos posteriormente, a tipificación dos delitos non é a mesma dependendo do tipo de documento que se trate.

II.2. Delito de falsificación de documento privado do artigo 395 do CP en relación co artigo 390.1.1º. do CP

No presente caso, o arrendador pode que cometese un delito de falsificación de documento privado, estipulado no art. 395 do CP. Este artigo establece o seguinte: *o que, para prexudicar a outro, cometer en documento privado algunha das falsidades previstas nos tres primeiros números do apartado 1 do artigo 390, será castigado coa pena de prisión de seis meses a dous anos.*

¹³ Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>)

O mencionado artigo fai mención ao art. 390.1. do CP. No caso concreto do arrendador do piso, a falsidade cometida sería a que se estipula no 390.1.1º. do CP que di: *alterando un documento nalgún dos seus elementos ou requisitos de carácter esencial*. O obxeto de tutela desta figura delituosa está constituído pola seguridade do tráfico xurídico outorgada pola confianza nos documentos, especialmente na garantía de veracidade e autenticidade do seu contido (STS de 17 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1889) e STS de 6 de xuño de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5131)).

Para analizarmos máis detalladamente este delito, é necesario delimitar conceptualmente o que entendemos por documento privado, xa que este é o obxeto material do tipo penal. O art. 26 do CP establece que *aos efectos deste Código considérase documento todo soporte material que exprese ou incorpore datos, feitos ou narracións con eficacia probatoria ou calquera outro tipo de relevancia xurídica*.

Deste artigo podemos extraer os requisitos para ser considerado documento a efectos penais:

1) Carácter material: debido a que todo documento debe ser apto para probar o contido xurídico que incorpora, é necesario que teña consistencia física para que sexa posíbel que perdure no tempo. A pesar de que maioritariamente con documentos nos referimos a papel, os avances tecnolóxicos e a propia lexislación permiten considerar como documentos diferentes opcións de plataformas físicas (González Cussac et al., 2016). Por iso, según a STS de 16 de xuño de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2844) poden cometerse delitos a través de medios informáticos, para o que será necesario que a falsidade se materialice en papel, disco compacto, memoria USB ou en calquer outro soporte con consistencia física (STS de 4 de novembro de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7129)). Ademais, as imaxes e sonidos captados mediante instrumentos técnicos de gravación e/ou filmación tamén serán considerados documentos a efectos penais se cumpren os demais requisitos e se hai un obxeto que sexa capaz de proxectar ou reproducir de xeito permanente e sen alteración ningunha o seu contido (STS de 5 de maio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3365)).

2) Carácter subxectivo: o documento é a materialización dunha relación ou situación xurídica mediante un soporte material atribuíbel a unha ou máis persoas físicas determinadas ou determinábeis. Neste sentido, as declaracións de vontade anónimas non son documentos pois non crean dereitos nen obrigas, nen ningún tipo de situación xurídica (González Cussac et al., 2016).

3) Carácter ideolóxico: no relativo ó contido, debe existir unha declaración de vontade, pensamento ou idea con relevancia xurídica. Se o contido carece de relevancia xurídica e tampouco outorga proba de situación xurídica algunha, o correspondente obxeto non será considerado documento a efectos penais (González Cussac et al., 2016).

4) Carácter teleolóxico: se o soporte material reúne os tres requisitos anteriores, mais carece de virtualidade para ser incorporado ó tráfico xurídico en orde ao recoñecemento dunha relación ou situación vencellada a un ou máis suxeitos, tampouco será considerada como documento. Por exemplo, non é válida a declaración de vontade, asinada e por escrito dunha parella para considerarse matrimonio no caso de que non cumpra certas condicións establecidas na lexislación civil (González Cussac et al., 2016).

Tras definirmos o que é considerado como documento a efectos penais, cómpre delimitar o concepto máis restrinxido de documento privado, que é o que se fai mención no art. 395 do CP. Entendemos que un documento privado é aquel no que se establecen relacións xurídicas entra particulares, e que non poden clasificarse dentro das categorías de documento público, oficial ou mercantil. Neste sentido, serían contratos como as compraventas, arrendamentos, facturas non comerciais ou testamentos ológrafos, por exemplo (González Cussac et al., 2016). Ademais, se un documento mercantil se emprega fóra da actividade comercial e dos negocios, considerarase a efectos penais como un documento privado en relación á súa posíbel falsidade (STS de 23 de novembro de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7716)).

Examinando máis concretamente o delito de falsidade en documento privado, en relación co art. 390.1.1º. do CP, é necesario analizar a conduta típica e así comprobar que realmente é coincidente coa levada a cabo polo arrendador da vivenda de Jesús e Laura. A alteración dun documento nalgún dos seus elementos ou requisitos esenciais, trátase dunha falsidade normalmente material, na que se ocasiona unha transformación dun compoñente relevante, de tal forma que é susceptíbel de modificar a relación xurídica existente no documento. Un exemplo sería a de asinar no documento por outra persoa sen o seu consentimento (González Cussac et al., 2016). En consecuencia, podería ter sido este o caso do arrendador, xa que no documento no que se di *recibí la cantidad de 900 euros en concepto de señal para alquiler de Piso Nº5 de la Calle la Paz Nº18*, o suposto arrendador asinou xunto co nº do DNI da súa nai, debido a que era ela realmente a propietaria da vivenda en cuestión.

Con todo, o importante para delucidar se houbo comisión ou non deste delito é saber se existiu consentimento para asinar ese documento no nome da nai por parte do suposto arrendador, xa que a pesar de que o art. 395 do CP non esixe causación efectiva dun prexuízo, si que esixe a efectiva intención de causalo mediante falsificación, o cal se encontra na propia expresión legal do artigo *para perxudicar a outro*. Por este motivo, trátase dun delito con carácter finalista, ao ser necesario ademais do elemento propio da falsidade, consistente na mutación da verdade material, o presuposto subxetivo ou dolo falsario, que é de resultado cortado, ao ser suficiente para a súa consumación coa intención de perxudicar a outro, sendo indiferente que este prexuízo se materialice ou non (STS de 19 de maio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3658)).

En liña con isto último, poderíamos concluír que se hai consentimento da nai, non habería delito porque non se cumpriría o presuposto subxetivo. Nesta mesma dirección se ten pronunciado o TS en diferentes ocasións como por exemplo na STS 13 de xullo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5259) que di o seguinte: *la imitación de la firma de otro con autorización de éste para surtir efectos en un contrato del imitado no constituye una suplantación punible y por tanto no supone la comisión de un delito de falsedad documental al existir sólo una falsedad formal, pero no una falsedad material*.

En síntese, o arrendador sería responsábel en calidade autor (art. 28 do CP), do delito do art. 395 do CP, en relación co art. 390.1.1º., no caso de que a sinatura en nome da súa nai non fose consentida.

II.3. Delito de estafa impropia do artigo 251.1º. do CP

Ademais do delito analizado no anterior apartado, no caso de que non existise o consentimento da nai para a sinatura do contrato, podería existir un delito de estafa impropia

regulado no artigo 251.1º. do CP, o cal establece que: *será castigado coa pena de prisión dun a catro anos: 1.º Quen, atribuíndose falsamente sobre unha cousa moble ou inmoble facultade de disposición da que carece, ben por non tela nunca, ben por habela xa exercitado, a vendese, gravase ou arrendase a outro, en prexuízo deste ou de terceiro.*

No Capítulo VI Sección 1º, régulanse as estafas no CP. No caso das estafas xenéricas, existen unha serie de elementos que deben cumprirse para que se considere que se cometeu o devandito delito. Os elementos son os seguintes:

1) Engano: por regra xeral, para ser considerado engano, este debe ser causante, bastante, antecedente e inequívoco. Na STS de 5 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1286) en relación co engano di: *el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.* En relación aos enganos activos e omisivos, cómpre mencionar que os omisivos non poden calificarse de enganos, xa que o erro preexiste á omisión enganosa e non pode, polo tanto, configurarse como a súa consecuencia. Ademais, os enganos que non producen erro, tampouco teñen relevancia típica para a estafa (González Cussac et al., 2016).

2) Erro: existe cando se actúa baixo unha falsa presuposición. En relación con isto, podemos inferir que se trata dun erro práctico, non dun erro teórico, xa que non consiste nun estado mental en que se toma algo por verdadeiro ou falso. Concretamente, a STS de 5 de abril de 2018, anteriormente mencionada, establece o seguinte en relación ó erro: *error esencial en el sujeto pasivo al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.*

3) Acto de disposición: o enganado, a consecuencia do erro, debe realizar un acto de disposición patrimonial, consistente na entrega dunha cousa ou a prestación dun servizo, ou mesmo pode consistir nun facer (realizar un pago) ou ben nun omitir (renunciar a un crédito) (Muñoz Conde, 2004).

4) Prexuízo: consiste na diferenza de valor, en virtude do acto de disposición, entre o que se atribúe xeralmente o autor do delito, e o que recibe a outra persoa como contraprestación. A cuantía da defraudación (prexuízo típico) deberá de terse en conta para determinar a gravidade do delito, mentres que a diminución total do patrimonio só é relevante a efectos de responsabilidade civil (González Cussac et al., 2016).

5) Ánimo de lucro: o lucro perseguido debe de ser correlativo ao prexuízo causado. Porén, correlativo non significa necesariamente equivalente (STS de 14 de novembro de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5829)).

6) Nexo causal: aparece definido perfectamente na STS de 8 de xullo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2362), na que se di o seguinte: *relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate.*

A pesar da existencia destes requisitos para a estafa xenérica, estes non son un requisito esencial na estafa impropia do artigo 251 do CP. Neste sentido, a STS de 26 abril de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3100), establece o seguinte: *no es exigible en los supuestos de estafa impropia del art 251 la aplicación rígida de los elementos de la estafa común, dado que se trata de preceptos autónomos, por lo que ha de atenderse para la aplicación de estos preceptos a los elementos fácticos que configuran legalmente los respectivos supuestos típicos, sin que sea necesario constatar la concurrencia específica de cada uno de los elementos típicos de la estafa genérica.*

A efectos penais, o arrendamento debe considerarse acto de disposición *no solo por expresa disposición legal, sino también porque resultaría absurdo que dicha conducta, de no incluirse en el artículo 251 CP, sería constitutiva del delito básico de estafa, e incluso del subtipo agravado del artículo 250.1.1 y en este caso penada mucho más grave que la enajenación o gravamen de la cosa, sin razón aparente alguna, sobre todo si se tiene en cuenta que el precepto del artículo 251 es Ley especial y preferente respecto a la estafa básica y sin modalidades agravadas* (STS de 27 de outubro de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5613))

Ao igual que no anterior delito do art. 395 do CP, o arrendador de Jesús e Laura só sería responsábel do delito de estafa impropia do art. 251.1. do CP, en calidade de autor (art. 28 do CP), no caso de que a súa nai non consentise o arrendamento da vivenda no seu nome, xa que se o alugueiro e a sinatura eran consentidos, non existiría ningún prexuízo patrimonial a ninguén, e polo tanto non se tería consumado o delito, ó ser un simple contrato de arrendamento no que o fillo asina pola nai (propietaria) de forma pactada entre ambos.

II.4. Análise xurídica do posíbel concurso de normas (artigo 8 do CP) ou de delitos (artigos 73 e ss. do CP)

No caso de que non existise consentimento da propietaria para a sinatura do alugueiro da vivenda por parte do seu fillo, cómpre analizarmos se existe concurso de normas (artigo 8 do CP), ou concurso de delitos (artigos 73 e ss. do CP).

Entendemos que existe concurso de normas (tamén denominado concurso aparente de delitos), cando un mesmo feito se tivo en conta polo lexislador para configurar a conduta típica de dous ou máis delitos, mais tan só unha das normas é autosuficiente para abarcar todo o desvalor xurídico penal do feito, polo que o concurso de delitos é tan só aparente, e non se infrinxe o principio *non bis in idem* (Lascuraín Sánchez et al., 2019). Neste mesmo sentido se ten pronunciado en diferentes ocasións o TS, por exemplo na STS de 29 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1861):

El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad.

O propio art. 8 do CP establece as seguintes regras para determinar cal é norma aplicábel en cada caso:

- Principio de Especialidade, *lex specialis derogat lex generalis*, en caso de concurrencia de normas, a máis específica despraza a aplicación da máis xeral (art. 8.1º).

- Principio de Subsidiariedade, *lex primaria derogat legis subsidiariae*, en virtude do cal, só se aplicará o precepto subsidiario en defecto do principal (art. 8.2º).

- Principio de Consunción, *lex consumens derogat lex consumpta*, o cal implica que a norma máis ampla ou complexa absorve as máis simples nas que poden ser subsumidos os feitos illadamente por ser suficiente esa norma para valorar a totalidade do inxusto (art. 8.3º).

- Principio de Alternatividade, ao cal debe acudirse exclusivamente en defecto dos anteriores, e a súa aplicación consiste en que a norma aplicábel debe de ser a máis grave de todas as que están en conflito (art. 8.4º)

Pola contra, entendemos que existe un concurso de delitos cando o autor vulnerou máis dun ben xurídico, transgrediu máis dunha norma penal, e polo tanto, cometeu máis dun delito. Neste mesmo sentido se ten pronunciado o TS, por exemplo na STS de 6 de xullo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2751): *en el concurso de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.*

Segundo a STS de 25 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1220), cando o delito de falsidade en documento privado do art. 395, sexa o medio para cometer un delito de estafa, ao comprender este último tamén a expresión *para perxudicar a outro*, o delito de falsidade encóntrase absorvido polo delito de estafa, sendo de aplicación o art. 8.3º do CP. Nesta mesma dirección se encontra a STS de 26 de novembro de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5711), na que se di que é de aplicación o concurso de normas entre os delitos de estafa e falsidade en documento privado, xa que debe terse en conta que no art. 395 do CP, non só é necesaria unha alteración do propio documento, senón que tamén é preciso que exista un ánimo de causar un prexuízo a un terceiro, o cal coincide co delito de estafa, polo cal cómpre aplicar o concurso de normas do art. 8 do CP, xa que se non fose así existiría unha duplicidade tipolóxica á hora de ter en conta o prexuízo ao que se refiren ambos delitos. Neste mesmo sentido, exprésase a STS de 3 de xullo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:4650), no que se di o seguinte: *el delito de falsedad en documento privado exige en su tipicidad el ánimo de perjudicar a tercero, precisamente uno de los elementos de la estafa, por lo que la conducta debe ser penada conforme a uno de los dos tipos penales en aparente concurso.*

Ademais, na STS de 24 de maio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3703), o TS sostén que non é posíbel a existencia de concurso de delito entre a estafa e a falsidade en documento privado cando esta falsidade incidise unicamente no tráfico xurídico como instrumento de engano, o cal é o elemento esencial da estafa. Nesta mesma interpretación se encontra a STS de 29 de outubro de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8383) na que di: *la falsificación de un documento privado del art. 395 C.P vigente solo es delito cuando se realiza para perjudicar a otro. Si el perjuicio es de carácter patrimonial y da lugar a un delito de estafa, la falsedad*

que formaría así parte del engaño, núcleo del delito de estafa, no podría ser sancionada junto a esta so pena de castigar dos veces la misma infracción.

En síntese, por regra xeral, a estafa absorve a falsidade na medida en que o prexuízo efectivamente causado engloba o engano e o ánimo de perxudicar. Porén, poden existir ocasións nas que sexa de aplicación o art. 8.4. do CP, como por exemplo na tentativa de estafa, xa que sería contrario ás regras do Dereito Penal que o autor dun delito de falsidade en documento privado fose privilexiado polo feito de ser responsábel dunha tentativa de estafa, á que lle correspondería menos pena que á falsidade do art. 395, polo que nese caso sería condenado por un delito de falsidade documental en documento privado (STS de 16 marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1875)).

Por último, cómpre lembrar que a súa responsabilidade penal polos posíbeis delitos cometidos, non o exonera a efectos civís dos danos e prexuízos que se puidesen derivar dos mesmos, tal e como establece o propio artigo 116 do CP.

III. É correcta a situación laboral de Jesús e que debería facer en caso de que non o sexa?

III.1. Relación laboral

Tal e como dispón o artigo 1.1. do Estatuto dos Traballadores¹⁴ (en adiante, ET), considérase unha relación laboral todas aquelas situacións nas que unha persoa presta os seus servizos de forma voluntaria a cambio dunha retribución. Esta prestación ten lugar por conta allea e dentro do ámbito de organización e dirección doutra persoa, xa sexa física (por exemplo un traballador autónomo), ou xurídica (por exemplo unha Sociedade Limitada), denominada empresario.

Desta forma, os elementos esenciais dunha relación laboral son os seguintes:

- Voluntariedade da relación entre o traballador e o empresario

O traballador decide prestar os seus servizos en favor do empregador de xeito libre, sen ningunha obriga legal previa. O traballador é libre para iniciar e rematar unha relación laboral no intre que estime oportuno, tendo como única obriga outorgar o preaviso correspondente en favor do seu empresario, tal e como dispón o artigo 49.d) do ET. Por este motivo, son excluídas do ámbito laboral as prestacións persoais obrigatorias.

- Retribución a cambio do traballo

O traballador presta os seus servizos a cambio dun salario, é dicir, non presta os seus servizos gratuitamente. Entendemos por salario o que dispón o artigo 26 do ET: *considerarase salario a totalidade das percepcións económicas dos traballadores, en diñeiro ou en especie, pola prestación profesional dos servizos laborais por conta allea, xa retribúan o traballo efectivo, calquera que sexa a forma de remuneración, ou os períodos de descanso*

¹⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores.(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>)

computables como de trabajo. En ningún caso o salario en especie poderá superar o 30 por 100 das percepcións salariais do traballador. Este salario non poderá ser inferior ao salario mínimo interprofesional que fixe o Goberno para ese ano (Artigo 27 ET).

- Realización do traballo por conta allea

O traballador presta os seus servizos en favor do empregador sen asumir riscos en relación á evolución da actividade empresarial, é dicir, independentemente de que os resultados empresariais sexan positivos ou negativos, o traballador deberá recibir un salario pola actividade realizada. É posíbel que dentro do salario se inclúan complementos salariais, como por exemplo un incentivo por vendas, tal e como dispón o artigo 26.3 do ET. Así e todo, sempre existirá un salario base non dependente dos resultados da empresa.

- Existencia dunha relación de dependencia entre o traballador e o empresario

O traballador presta os seus servizos baixo as ordes e instrucións directas do empregador (artigo 1 do ET). Deste xeito, non pode decidir pola súa propia conta a forma axeitada para realizar o traballo, senón que debe seguir os criterios fixados polo empregador. En consonancia co exposto anteriormente, na STS de 23 de novembro de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8549) establécese o seguinte: *cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometidos a la legislación laboral.*

III.2. Contrato de traballo

Tal e como dispón o artigo 8.1 do ET, cando existe unha relación laboral presúmese existente un contrato de traballo entre ambas partes. Ademais, según o artigo 8.2. do ET existe a obriga en determinadas situacións de formalizar por escrito o devandito contrato de traballo. Este mesmo artigo dispón que no caso de existencia desas condicións, se non se cumpre coa obriga de formalización por escrito, non se ocasiona unha perda de eficacia do contrato, senón a presunción *iuris tantum* de que o contrato se celebrou por tempo indefinido e a xornada completa:

Deberán constar por escrito os contratos de traballo cando así o exixa unha disposición legal e, en todo caso, os de prácticas e para a formación e a aprendizaxe, os contratos a tempo parcial, fixos-descontinuos e de remuda, os contratos para a realización dunha obra ou servizo determinado, os dos traballadores que traballen a distancia e os contratados en España ao servizo de empresas españolas no estranxeiro. Igualmente, constarán por escrito os contratos por tempo determinado cuxa duración sexa superior a catro semanas. De non se observar tal exixencia, o contrato presumirase subscrito por tempo indefinido e a xornada completa, salvo proba en contrario que acredite a súa natureza temporal ou o carácter a tempo parcial dos servizos. Calquera das partes poderá exixir que o contrato se formalice por escrito, mesmo durante o transcurso da relación laboral.

Según a duración do contrato (art.15 ET), existen dous grandes tipos de contratos atendendo á súa duración: o contrato indefinido, que é aquel no que non se establece unha duración determinada, sendo esta a modalidade xeral de contratación, e o contrato temporal ou de duración determinada. Dentro desta última modalidade diferenciamos: contrato de obra ou servizo determinado (regulado no art.15.1.a) do ET), contrato eventual

por circunstancias da produción (regulado no art.15.1.b) do ET) e contrato de interinidade (regulado no art.15.1.b) do ET).

Según a xornada que desenvolve o traballador (arts. 12 e 16 do ET), en contraste co traballador a tempo completo, existen diversas modalidades contractuais que serven para adaptar a xornada do empregado ás necesidades empresariais e viceversa: contrato a tempo parcial (regulado no art.12 do ET), contrato de remuda (regulado no art.12 do ET) e contrato fixo-discontinuo (regulado no art.16 do ET).

III.3. Dereitos laborais e sociais derivados dunha relación laboral

A existencia dunha relación como a que se indica no artigo 1 do ET determina que a relación entre o traballador e o empregador está suxeita ao ET. Así, o traballador disporá dos dereitos recollidos en dita norma.

En primeiro lugar, cómpre mencionar os dereitos laborais básicos enumerados no artigo 4.1. do ET, así como os enunciados no artigo 4.2. do ET. Ademais destes, existen máis dereitos laborais aos que se fai mención tanto ao longo do ET como a través doutra normativa laboral. Un exemplo destes dereitos sería solicitar un anticipo do seu salario. No caso de que o traballador precise un anticipo, según o artigo 29.1 do ET, terá dereito a solicitálo a conta do traballo realizado.

Por outra banda, a existencia dunha relación laboral cos elementos indicados no artigo 1 do ET e que ratifica a xurisprudencia do TS, determina a aplicación da Lei Xeral da Seguridade Social¹⁵ (en adiante, LXSS), tal e como recolle o artigo 7.1., en referencia á extensión do campo de aplicación da devandita Lei:

Estarán comprendidos no sistema da Seguridade Social, para efectos das prestacións contributivas, calquera que sexa o seu sexo, estado civil e profesión, os españois que residan en España e os estranxeiros que residan ou se encontren legalmente en España, sempre que, en ambos os supostos, exerzan a súa actividade en territorio nacional e estean incluídos nalgún dos puntos seguintes: a) Traballadores por conta allea que presten os seus servizos nas condicións establecidas polo artigo 1.1 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, nas distintas ramas da actividade económica ou asimilados a eles, ben sexan eventuais, de temporada ou fixos, mesmo de traballo discontinuo, e incluídos os traballadores a distancia, e con independencia, en todos os casos, do grupo profesional do traballador, da forma e contía da remuneración que perciba e da natureza común ou especial da súa relación laboral (...).

Ademais, tal e como recolle o artigo 15 da mesma LXSS, nos casos das persoas que se enmarcan no ámbito do artigo 7.1, a afiliación é obrigatoria, non está suxeita á voluntariedade das persoas afectadas: *a afiliación á Seguridade Social é obrigatoria para as persoas a que se refire o artigo 7.1 e única para toda a súa vida e para todo o sistema, sen prexuízo das altas e baixas nos distintos réximes que o integran, así como das demais variacións que se poidan producir con posterioridade á afiliación.*

¹⁵ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei Xeral da Seguridade Social. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>)

Tamén existe a obrigatoriedade de cotización á Seguridade Social, tal e como establece o artigo 18 da LXSS, especificamente nos seus apartados 1 e 2, di o seguinte:

1. A cotización á Seguridade Social é obrigatoria en todos os réximes do sistema. A cotización pola continxencia de desemprego, así como ao Fondo de Garantía Salarial, por formación profesional e por cantos outros conceptos se recaden conxuntamente coas cotas da Seguridade Social, será obrigatoria nos réximes e supostos e co alcance establecidos nesta lei e na súa normativa de desenvolvemento, así como noutras normas reguladoras de tales conceptos. 2. A obrigaón de cotizar nacerá desde o momento de iniciación da actividade correspondente. Nas normas reguladoras de cada réxime determinaranse as persoas que deben cumprila.

III.4. Análise da situación laboral de Jesús

Jesús traballa, dende o 15 de setembro de 2020, baixo as ordes do seu empresario, que opera na cidade da Coruña. Tendo en conta os requisitos enumerados no apartado 1, analizaremos se cumpre as condicións para ser considerada a súa situación, unha relación laboral.

En primeiro lugar, a voluntariedade da relación entre o traballador e o empresario. Jesús aceptou libremente traballar na empresa, e pola outra banda, o seu empregador aceptou que Jesús traballase para el, sen ser ambos coaccionados por ninguén para aceptar ese acordo mutuo, nen existir ningunha obriga legal anterior.

En segundo lugar, a existencia dunha retribución a cambio do traballo. Ambos acordaron un salario polo traballo que Jesús realiza na empresa, polo que si que se cumpre esta condición necesaria para que se poida calificar esta relación como laboral.

En terceiro lugar, a realización do traballo por conta allea. Jesús non asume ningún risco en relación á evolución económica da empresa para a que traballa, senón que simplemente se acorda que percibirá un salario pola súa actividade, sendo o empregador quen asume a totalidade do risco empresarial que conleva a propia actividade económica.

Por último, a existencia dunha relación de dependencia entre o traballador e o empresario. Jesús presta os seus servizos baixo a dirección do seu empresario, non podendo decidir pola súa propia conta como realizar a actividade que se lle encomenda durante a súa xornada de traballo.

En síntese, tras analizar os requisitos para que a situación de Jesús sexa considerada unha relación laboral, é evidente que cumpre todos os requisitos, polo que está inmerso nunha relación laboral, na que el ocupa a figura de traballador por conta allea, tal e como se define no artigo 1 do ET.

Sendo Jesús un traballador por conta allea, seguindo o explicado nos apartados anteriores, élle de aplicación o ET. Polo tanto, presúmese a existencia dun contrato de traballo, tal e como dispón o artigo 8.1 do ET: *o contrato de traballo poderase formalizar por escrito ou de palabra. Presumirase existente entre todo o que presta un servizo por conta e dentro do ámbito de organización e dirección doutro e o que o recibe a cambio dunha retribución a aquel.*

No caso de Jesús non existe contrato nen por escrito, nen verbal, pola que a súa situación neste eido é totalmente irregular, ao ser este obrigatorio. Neste sentido, seguindo o artigo 8.1. do ET, en relación á presunción de existencia do contrato de traballo, e en consonancia co 8.2 do ET, que afirma que se presume *iuris tantum* que ese contrato é por tempo definido e a xornada completa, Jesús tería un contrato de traballo nas condicións antes mencionadas, salvo que o empresario consiga demostrar que o tipo de contrato que lle corresponde é outro.

En canto á Seguridade Social, tal e como establece o artigo 7.1. da LXSS, así como os artigos 15 e 18 da mesma Lei, Jesús ten dereito á afiliación e cotización á Seguridade Social, sen que sexa posíbel o pacto contrario entre el e o seu empregador xa que tal e como establecen os devanditos artigos dita afiliación e cotización é obrigatoria. En concreto, a súa situación encádrase dentro do Réxime Xeral da Seguridade Social (en adiante, RXSS), como establece o artigo 136 da LXSS. Concretamente, no caso de Jesús é de aplicación o artigo 136 da LXSS que di o seguinte: *os empresarios estarán obrigados a solicitar a afiliación ao Sistema da Seguridade Social dos traballadores que ingresen ao seu servizo, así como a comunicar o devandito ingreso e, no seu caso, o cesamento na empresa de tales traballadores para que sexan dados, respectivamente, de alta e de baixa no Réxime Xeral.(...)* En consonancia con isto último, a súa situación é irregular, xa que non foi dado de alta no RXSS. Ao non cumprirse o mencionado anteriormente, non está afiliado nen está cotizando na Seguridade Social, o cal tampouco está permitido legalmente.

É necesario mencionar tamén que Jesús deu positivo en Covid-19 o 26 de novembro de 2020, tendo que estar sen traballar até o 5 de decembro dese mesmo ano por este motivo. O seu empregador non lle pagou por estes días de traballo. Porén, debería ter estado de alta no RXSS, e ser incapacitado temporalmente, según o art. 169 da LXSS, sendo considerada a Covid-19 unha enfermidade común (art. 158 da LXSS), xa que neste caso concreto non se cumpren os requisitos do art. 156 da LXSS. Evidentemente o que ocorreu foi totalmente irregular, xa que non está permitido que un traballador contraiga unha enfermidade común, neste caso a Covid-19, a cal lle imposibilita acudir ó seu centro de traballo con normalidade, e non sexa incapacitado temporalmente como corresponde según os arts. anteriormente mencionados. Ademais, dada a relevancia e especificidade desta enfermidade, en relación ás prestacións económicas derivadas da incapacidade temporal por enfermidade común, aplicaríase o establecido no art. 5 do Real Decreto-lei polo que se adoptan determinadas medidas urxentes no ámbito económico e para a protección da saúde pública¹⁶. En concreto, este art. 5 di o seguinte:

1. Ao obxecto de protexer a saúde pública, consideraranse, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de traballo, exclusivamente para a prestación económica de incapacidade temporal do sistema de Seguridade Social, aqueles períodos de illamento ou contaxio das persoas traballadoras provocados polo virus COVID-19. (...)
2. A duración desta prestación excepcional virá determinada polo parte de baixa e a correspondente alta. (...)
3. Poderá causar dereito a esta prestación a persoa traballadora por conta propia ou allea que se atope na data do feito causante en situación de alta en calquera dos réximes de Seguridade Social.

¹⁶ Real Decreto-lei 6/2020, de 10 de marzo, polo que se adoptan determinadas medidas urxentes no ámbito económico e para a protección da saúde pública. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/10/6/con>)

4. A data do feito causante será a data na que se acorde o illamento, restrición ou enfermidade do traballador, sen prexuízo de que o parte de baixa se expida con posterioridade a esa data.

III.5. Conceptualización e principios do Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social

O Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social está regulado na Lei Ordenadora do Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social¹⁷ (en adiante, LOSITSS). Na LOSITSS, no seu art. 1.1., defínese en que consiste: *o Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social está constituído polo conxunto de principios legais, normas, órganos, persoal e medios materiais, incluídos os informáticos, que contribúen ao adecuado cumprimento da misión que ten encomendada, segundo o establecido na presente lei.*

No art. 1.2., da mesma Lei, tamén se define en que consiste a propia Inspección de Traballo e Seguridade Social:

É un servizo público ao que corresponde exercer a vixilancia do cumprimento das normas da orde social e esixir as responsabilidades pertinentes, así como o asesoramento e, no seu caso, conciliación, mediación e arbitraje nas devanditas materias, o que efectuará de conformidade cos principios do Estado social e democrático de Dereito que consagra a Constitución Española, e cos Convenios número 81 e 129 da Organización Internacional do Traballo (...).

Este Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social dispón duns principios de ordenación, para a súa organización e funcionamento, regulados no artigo 2 da LOSITSS.

III.6. Ámbito da xurisdición social

No artigo 1 da Lei reguladora da xurisdición social¹⁸ (en adiante, LRXS) establécese o seguinte:

Os órganos xurisdicionais da orde social coñecerán das pretensións que se promovan dentro da rama social do Dereito, tanto na súa vertente individual como colectiva, incluíndo aquelas que versen sobre materias laborais e de Seguridade Social, así como das impugnacións das actuacións das Administracións públicas realizadas no exercicio das súas potestades e funcións sobre as anteriores materias.

Máis concretamente, no artigo 2 da LRXS, establécese o ámbito de aplicación da mesma. Dentro deste marco, encóntranse as cuestións litixiosas que xurdan *entre empresarios e traballadores como consecuencia do contrato de traballo e do contrato de posta a disposición, coa excepción do disposto na Lei 22/2003, de 9 de xullo, Concursal; e no exercicio dos demais dereitos e obrigas no ámbito da relación de traballo.*

III.7. Opcións para regularizar a situación laboral de Jesús

¹⁷ Lei 23/2015, de 21 de xullo, Ordenadora do Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/21/23/con>)

¹⁸ Lei 36/2011, de 10 de outubro, reguladora da xurisdición social (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>)

Jesús dispón fundamentalmente de dúas opcións xurídicas diferentes á hora de tratar de regularizar a súa situación laboral. Estas dúas alternativas serían: a denuncia ante a Inspección de Traballo e Seguridade Social, ou ben a interposición de demanda no Xulgado do Social da Coruña en reclamación da declaración ou recoñecemento da existencia de relación laboral contra a empresa na que traballa.

- En canto á denuncia ante a Inspección de Traballo e Seguridade Social, tal e como se regula no artigo 20.5 da LOSITSS: *non se tramitarán as denuncias anónimas nin as que teñan defectos ou insuficiencias de identificación que non fosen emendadas no prazo establecido para iso (...). Tampouco se dará curso a aquelas cuxo obxecto coincida con asuntos dos que estea a coñecer un órgano xurisdiccional cuxo pronunciamiento poida condicionar o resultado da actuación inspectora, nin as que manifestamente carezan de fundamento.*

Non obstante, os Inspectores e Subinspectores teñen o deber de consideraren confidencial a orixe das denuncias, polo tanto, neste caso estarían obrigados a non revelar a identidade de Jesús á empresa obxecto de inspección, tal e como se regula no artigo 10 da LOSITSS. Ademais da propia denuncia, a Inspección de Traballo e Seguridade Social a través da Dirección Xeral da Inspección de Traballo e Seguridade Social pon a disposición dos cidadáns o coñecido “Buzón de loita contra o fraude laboral”, onde calquer persoa coñecedora do incumprimento da normativa labora, de Seguridade Social ou de Prevención de Riscos pode poñer en coñecemento da inspección cumprindo o formulario correspondente.

Neste sentido, a través deste buzón, o comunicante non terá que aportar ningún dato persoal, soamente deberá enviar a información sobre as presuntas irregularidades das que teña coñecemento, tratando de ser o máis preciso posíbel. Non obstante, para que a inspección considere ó denunciante parte ou interesado no procedemento, este terá que presentar denuncia formal (art. 20.5. da LOSITSS) cumprimentando os datos persoais necesarios.

No concernente ós dereitos que adquire o denunciante ante a Inspección de Traballo e Seguridade Social, según o artigo 20.4. da LOSITSS:

A acción de denuncia do incumprimento da lexislación de orde social é pública. O denunciante non poderá alegar a consideración de interesado a ningún efecto na fase de investigación, aínda que terá dereito a ser informado do estado de tramitación da súa denuncia, así como dos feitos que se constataron e das medidas adoptadas respecto diso unicamente cando o resultado da investigación afecte os seus dereitos individuais ou colectivos recoñecidos pola normativa correspondente ao ámbito da función inspectora (...).

- No relativo á demanda en reclamación da declaración ou recoñecemento da existencia de relación laboral contra a empresa na que traballa, cómpre facer as seguintes apreciacións. A competencia para o coñecemento desta demanda é ostentada polo Xulgado do Social da Coruña, tanto por razón de materia e territorio, así como pola condición dos litigantes, tal e como establecen os artigos 1, 2, 6 e 10.1 da LRXS. Ademais, Jesús ten capacidade e lexitimación para interpoñer a devandita demanda, de acordo cos artigos 16 e 17 da LRXS.

IV. Que consecuencias xurídicas se derivan da actuación do empresario neste caso?

IV.1. Conceptualización de empresario desde o punto de vista laboral

O art. 1.2. do ET establece un concepto de empresario no cal considera como tales a persoas físicas e xurídicas, así como tamén as comunidades de bens, sempre que reciban a prestación de servizos de traballadores por conta allea, ou ben de persoas contratadas para seren cedidas a empresas usuarias por empresas de traballo temporal (en adiante, ETT) legalmente constituídas. Así, en relación ao dereito laboral, non é relevante se o empresario é tamén considerado como tal noutras ramas do dereito, como por exemplo, o dereito mercantil, senón que debe cumprir unicamente coas condicións propias da normativa do dereito do traballo.

Seguindo o art. 1.2. do ET, o empresario poderá ser tanto unha persoa privada, véxase por exemplo, un empresario autónomo que ten contratada a unha persoa a tempo parcial no seu restaurante, como unha persoa xurídico-pública, véxase por exemplo, o Concello da Coruña, que ten contratados a centos de traballadores e traballadoras por conta allea. Ademais, cabe facer mención a que as comunidades de bens definidas no art. 392 do CC, poden ser consideradas como empresario, a pesar de non teren personalidade xurídica en tanto que comunidades de bens, diferenciada ou distinta das persoas físicas ou xurídicas que as integran.

Por último, cómpre mencionar a importancia dos supostos nos que a parte do empresario é asumida por unha pluralidade de suxeitos, como é o caso das unións temporais de empresas, reguladas na Lei sobre réxime fiscal de agrupacións e unións temporais de empresas¹⁹, as ETT, reguladas na Lei 14/1994, de 1 de xuño²⁰, a cesión de traballadores, á que fai mención o art. 43 do ET, así como os denominados grupos de empresas.

Seguindo o art. 42 do Código de Comercio (en adiante, CCo)²¹, son consideradas pertencentes a un mesmo grupo as empresas que constitúan unha unidade de decisión ao ostentar ou poder ostentar alguna delas, de xeito directo ou indirecto, o control das demais. Presúmese existente dito control cando unha sociedade se encontre en relación con outra nalgunha das seguintes situacións:

- a) Posúa a maioría dos dereitos de voto.
- b) Teña a facultade de nomear ou destituír á maioría dos membros do órgano de administración.
- c) Poida dispor, en virtude de acordos celebrados con terceiros, da maioría dos dereitos de voto.
- d) Teña designado cos seus votos á maioría dos membros do órgano de administración, que desempeñen o seu cargo no momento en que deban formularse as contas consolidadas e durante os dous exercicios inmediatamente anteriores (...).

A pesar de pertencer ao mesmo grupo empresarial, cada unha das empresas que o conforman teñen un personalidade xurídica propia e polo tanto un ámbito de responsabilidade

¹⁹ Lei 18/1982, sobre réxime fiscal de agrupacións e unións temporais de Empresas e das Sociedades de desenvolvemento industrial rexional. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1982/05/26/18>)

²⁰ Lei 14/1994, de 1 de xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/06/01/14/con>)

²¹ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 polo que se publica o Código de Comercio. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con))

independente das demais, sen que en principio poida extenderse a responsabilidade derivada da actuación dunha delas a todas as empresas do grupo. Con todo, en determinados supostos, este principio xeral de personalidade e responsabilidade independente e diferenciada cede ante situacións nas que se emprega de xeito fraudulento o grupo empresarial para eludir consecuencias legais. Deste xeito, no eido do Dereito do Traballo, é posíbel que todas as empresas do mesmo grupo sexan responsábeis solidariamente das obrigas contraídas por unha delas cos seus traballadores, considerando que existe unha única relación laboral da cual é titular o grupo en si, no seu conxunto.

Cómpre nomear a STS de 20 de outubro de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5215), na cal se citan unha serie de indicacións a seguir para determinar a pertinencia ou non da extensión da responsabilidade ao grupo empresarial. Así e todo, na propia sentenza explícase que a responsabilidade do grupo depende de cada unha das situación concretas que se proben en cada caso, sen que se poida interpretar como unha relación suficiente de requisitos cerrados os que a continuación se enunciara: funcionamento unitario das organizacións de traballo das empresas do grupo, confusión patrimonial, unidade de caixa, utilización fraudulenta da personalidade xurídica, coa creación da empresa “aparente e uso abusivo da dirección unitaria, con prexuízo para os dereitos do traballadores.

En síntese, a persoa para a que traballa Jesús, independentemente de que sexa xuridicamente unha persoa física, unha persoa xurídica, ou unha comunidade de bens, é o seu empresario, xa que este recibe a prestación de servizos de traballadores por conta allea, no sentido que estipula o art. 1.2. do ET, polo que cumpre as condicións necesarias para ser considerado como tal. No caso de que o empresario fose un grupo empresarial, en relación á extensión da súa responsabilidade cos traballadores, haberá que atender ós criterios anteriormente mencionados.

IV.2. Delito contra os dereitos dos traballadores do artigo 311.1º. do CP

O art. 311.1º. do CP establece o seguinte:

Serán castigados coas penas de prisión de seis meses a seis anos e multa de seis a doce meses:

1.º Os que, mediante engano ou abuso de situación de necesidade, impongan aos traballadores ao seu servizo condicións laborais ou de Seguridade Social que prexudiquen, supriman ou restrinxan os dereitos que teñan recoñecidos por disposicións legais, convenios colectivos ou contrato individual.

Para analizarmos a comisión deste delito, comezaremos polo ben xurídico que protexe. O art. 311 non só protexe os dereitos laborais básicos, que son irrenunciábeis, según o art. 3.5.²² do ET, senón que tamén ampara os dereitos que deriven do pacto individual e dos convenios colectivos. Nesta liña se ten pronunciado o TS, por exemplo na STS de 30 de xuño do 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5351):

²² Artigo 3.5. do ET: *Os traballadores non poderán dispor validamente, antes ou despois da súa adquisición, dos dereitos que teñan recoñecidos por disposicións legais de dereito necesario. Tampouco poderán dispor validamente dos dereitos recoñecidos como indisponíbeis por convenio colectivo.*

El llamado derecho penal laboral, del que el artículo 311 es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

En relación ó suxeito activo, o autor que esixe o CP non ten por que corresponderse coa definición e delimitación conceptual de empresario da lexislación laboral explicada no apartado anterior. No CP o responsábel debe ser sempre unha persoa física, por ese motivo, o art. 318 establece o seguinte: *cando os feitos previstos nos artigos deste título (entre os que se encontra o art. 311) se atribúisen a persoas xurídicas, imporase a pena sinalada aos administradores ou encargados do servizo que fosen responsables dos mesmos e a quen, coñecéndoos e podendo remedialo, non adoptasen medidas para iso (...).*

En consonancia con isto, no caso de Jesús a súa situación non quedaría impune no caso de que o empresario fose unha persoa xurídica, xa que se aplicaríase o artigo 318 do CP e serían os administradores ou encargados responsábeis da súa situación os que responderían penalmente polo sucedido.

Tras analizarmos o suxeito activo, pasaremos a analizar os elementos que conforman o tipo penal para así poder confirmar se a actuación do empresario se corresponde coa do delito do artigo 311.1º. En primeiro lugar, falaremos da imposición. A STS de 28 de setembro de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3389) establece o seguinte: *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.* A imposición deste tipo penal realízase a través do engano ou ben a través do abuso da situación de necesidade. No caso de Jesús, foi mediante abuso de situación necesidade, xa que non houbo engano e el era consciente de que tiña que aceptar esas condicións se quería traballar nesa empresa.

No relativo ó abuso de necesidade, a mesma STS de 28 de setembro de 2017, estipula que:

El 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.

Na mesma liña vai a STS de 5 de abril de 2016, (ECLI: ES:TS:2017:1303) na que define o abuso de necesidade así:

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.

Respecto ás condicións laborais ou de Seguridade Social ás que fai mención o art. 311.1º. do CP, trátase dunha norma penal en branco, xa que nos remite á lexislación laboral e de Seguridade Social para a determinación de cales son esas condicións según esa regulación especial, así como ós correspondentes contratos de traballo e convenios colectivos aplicábeis. Porén, non basta calquer vulneración nas condicións laborais e sociais para que se cumpra este artigo, senón que *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* (STS de 5 de abril de 2016, anteriormente mencionada).

O delito do artigo 311.1º. é un delito doloso. Neste sentido, a STS de 12 de decembro de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7591), establece o seguinte: *el dolo exigido por el tipo no requiere ninguna intención o finalidad concreta, sino que basta el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, la existencia de una relación de empleo, (...) y que las condiciones de la relación no respetan sus derechos laborales.*

Na mesma liña, a STS de 28 de setembro de 2017, anteriormente mencionada, na que se di: *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.*

Nesta mesma sentenza, en relación á consumación do delito, establécese o seguinte: *se está ante un delito de resultado cortado (...) 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 consuma con la sola privación o limitación de tales derechos no exigiéndose perjuicio alguno que de existir constituiría el agotamiento del delito.* En liña con isto, a consumación deste delito existe cando o empregado empeza a traballar para o empregador baixo unhas condicións ilícitas impostas polo empresario e que vulneran os dereitos laborais e sociais que lle corresponden.

Tras analizarmos o delito do artigo 311.1º. do CP, podemos concluír que o empresario de Jesús sería reponsábel en calidade de autor (art. 28 do CP) deste delito, xa que se cumpren todos os requisitos do tipo penal. Existe a imposición por parte do empresario dunhas condicións laborais e sociais totalmente irregulares (véxase a inexistencia de contrato de traballo e a non afiliación nen cotización á Seguridade Social), aproveitándose dunha situación de necesidade como a de Jesús, que é un emigrante solicitante de protección internacional e cunha situación económica realmente precaria, e ademais, existe dolo xa que o empresario é perfectamente consciente da situación laboral irregular de Jesús. Cómpre matizar que é indiferente que a empresa sexa unha persoa física ou unha persoa xurídica, xa que neste último caso, sería responsábel penalmente como administrador ou encargado do servizo, en lugar de como persoa física empresario, tal e como establece o artigo 318 do CP.

IV.3. Posíbeis delitos dos artigos 305.1. e 307.1. do CP

O empresario de Jesús ten a obriga de *practicar retención e ingreso a conta, en concepto de pago a conta do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas correspondente ao perceptor, na cantidade que se determine reglamentariamente e a ingresar o seu importe no Tesouro nos casos e na forma que se establezan*, tal e como se establece o artigo 99.2 da Lei do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas²³ (en adiante, LIRPF). Así e todo, as retencións correspondentes a Jesús en concepto de pago a conta do IRPF non foron feitas polo empresario.

O delito do artigo 305.1. do CP castiga ao que por *acción ou omisión, defraude á Facenda Pública estatal, autonómica, foral ou local, eludindo o pago de tributos, cantidades retidas ou que se deberon reter ou ingresos a conta*. Non obstante, o propio artigo 305.1. establece que a cantidade mínima defraudada debe de ser 120.000 euros. O TS determinou que esa cantidade é condición necesaria para a comisión do delito, xa que a pesar de que exista dolo e defraudación á facenda, non pode calificarse como delito se a cuota defraudada non alcanza como mínimo esa cantidade (STS de 9 de xuño de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2589)).

A pesar de que o empresario de Jesús non realizou as retencións correspondentes a Jesús en concepto de pago a conta do IRPF dende que este comezou a traballar o 15 de setembro até a actualidade, evidentemente a cuantía defraudada non alcanza os 120.000 euros, polo que o empresario non cometeu o delito tipificado no artigo 305.1. do CP, ao ser a cantidade un requisito obxectivo esencial.

Tal e como establece o artigo 142.1. da LXSS, *o empresario é suxeito responsábel do cumprimento da obriga de cotizar e ingresará as achegas propias e as dos seus traballadores, na súa totalidade*. Así e todo, no presente caso o empresario non ingresou as cotas da Seguridade Social correspondentes a Jesús.

Neste contexto, cómpre mencionar o art. 307.1. do CP que *castiga ao que, por acción ou omisión, defraude á Seguridade Social eludindo o pago das cotas desta e conceptos de recadación conxunta*. En relación coas cotas que menciona o artigo, debemos entender que se inclúe tanto a cota empresarial *stricto sensu*, como tamén a denominada cota obreira (González Cussac et al., 2016). Porén, ao igual que no delito anterior, é necesario que a cantidade defraudada exceda dos 50.000 euros.

Debido á cantidade mínima establecida no propio artigo, a situación é a mesma que no delito do art. 305.1. do CP, xa que a pesar de que o empresario eludiu o pago das cotas á Seguridade Social de Jesús dende que este comezou a traballar o 15 de setembro de 2020, a cantidade non chega a 50.000 euros polo que non se cumpre este requisito necesario para a consumación do tipo penal.

IV.4. Infraccións e sancións na Orde Social

Ademais do delito do art. 311.1º. do CP, o empresario tamén podería ser responsábel de infraccións na orde social reguladas na Lei sobre Infraccións e Sancións na Orde

²³ Lei 35/2006, de 28 de novembro, do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas e de modificación parcial das leis dos Impostos sobre Sociedades, sobre a Renda de non Residentes e sobre el Patrimonio. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/11/28/35/con>)

Social²⁴(en adiante, LISOS). Así e todo, antes de mencionar as posibles infraccións cometidas, é necesario facer unha serie de aclaracións arredor do principio *non bis in idem*, xa que aparentemente encontrámonos ante unha situación de coexistencia do Dereito Penal e do Dereito Administrativo Sancionador.

Neste contexto, cómpre mencionar a STC de 30 de xaneiro de 1981 (ECLI:ES:TC:1981:2), na que se di o seguinte:

El principio general del derecho conocido por “non bis in ídem” supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

Destá sentenza podemos concluír que non pode haber dúas sancións nen dous procedementos sancionadores no caso de que exista: identidade de suxeito, identidade de feito, identidade de fundamento e inexistencia dunha relación especial do suxeito coa Administración Pública. Por tanto, cando algún destes requisitos non se cumpre, será posible que teñan lugar dous procedementos distintos, un por vía penal, e outro por vía administrativa sancionadora. Nesta mesma liña se encontra o primeiro apartado do art. 3 da LISOS: *non poderán sancionarse os feitos que fosen sancionados penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade de suxeito, de feito e de fundamento.*

Dous anos despois, en 1983, o TC voltou a pronunciarse ó respecto desta cuestión, concretamente na STC de 3 de outubro de 1983 (ECLI:ES:TC:1983:77), na que di o seguinte:

El principio non bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Destá sentenza extraemos que en relación á apreciación dos feitos en cuestión non poden existir diverxencias entre ambos procedementos, penal e administrativo, xa que uns mesmos feitos non poden existir e deixar de existir dependendo do ámbito xurídico no que nos encontremos. Para evitar estas situacións o propio art. 3.2. da LISOS establece a prioridade do procedemento penal: *nos supostos en que as infraccións puidesen ser constitutivas de ilícito penal, a Administración pasará o tanto de culpa ao órgano xudicial competente ou ao Ministerio Fiscal e absterase de seguir o procedemento sancionador mentres a autoridade xudicial non dite sentenza firme ou resolución que poña fin ao procedemento ou mentres o Ministerio Fiscal non comunique a improcedencia de iniciar ou proseguir actuacións.*

²⁴ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre Infraccións e Sancións na Orde Social. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2000/08/04/5/con>)

Ao ter prioridade temporal o procedemento penal, a resolución do procedemento administrativo posterior está condicionado pola vía dos feitos que se declaran probados na sentenza penal. A sentenza absolutoria non bloquearía a posibilidade de actuacións administrativas sancionadoras posteriores, mais as súas declaracións en relación ós feitos probados si que inciden necesariamente na resolución administrativa. No caso de que a sentenza sexa condenatoria, e ademais concorra triple identidade subxetiva, obxetiva e de fundamento sancionador, a Administración non poderá levar a cabo as sancións administrativas correspondentes, xa que ficará vencellada ó procedemento penal previo debido ó principio *non bis in idem* (STS de 19 de abril de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:2602)).

En síntese, o procedemento administrativo sancionador quedará vencellado á exposición de feitos probados que se establezca no procedemento penal previo. No caso de que concorra a triple identidade subxetiva, obxetiva e de fundamento, a Administración só podería sancionar se no procedemento penal non hai unha condena. No caso de que non concorra esa triple identidade, ao finalizar o procedemento penal, a administración poderá continuar co seu procedemento sancionador, coa única limitación de adoptar como feitos probados os que así quedaron acreditados no procedemento penal anterior.

No relativo ó caso analizado, o empresario podería ser condenado polo delito contra os dereitos dos traballadores do artigo 311.1º. do CP, e ao mesmo tempo sancionado según as normas da LISOS, xa que non existiría identidade de suxeito. Nesta mesma dirección se pronuncia o TS nun caso semellante, na STS de 18 de xulo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2632) na que se estipula *que no posible apreciar la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, que se erigen en presupuestos de la interdicción constitucional de incurrir in bis in idem al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma*. Neste caso, o empresario podería ser condenado penalmente como responsábel legal da empresa, e sancionado administrativamente como persoa xurídica empresario. Se o procedemento penal rematase co empresario absolto de delito en cuestión, podería ser igualmente sancionado según a LISOS xa que o único ó que obrigaría é a que no procedemento administrativo sancionador posterior se respetasen os feitos probados no procedemento penal.

Concretamente, o art. 1.3. da LISOS: *as infraccións cualifícanse como leves, graves e moi graves en atención á natureza do deber infrinxido e a entidade do dereito afectado, de conformidade co establecido na presente Lei*. No presente caso, no relativo ás infraccións en materia de relacións laborais, o empresario podería ser responsábel da infracción leve do art. 6.4.²⁵, da infracción grave do art 7.1.²⁶, e da infracción moi grave do art. 8.1.²⁷ da LISOS. Con respecto ás infraccións en materia de emprego, o empresario podería ser responsábel das infraccións leves dos arts. 14.1.²⁸ e 14.3.²⁹ da LISOS. No relativo ás infraccións en materia de

²⁵ Artigo 6.4. da LISOS: *Non informar por escrito ao traballador sobre os elementos esenciais do contrato e as principais condicións de execución da prestación laboral, nos termos e prazos establecidos reglamentariamente*.

²⁶ Artigo 7.1. da LISOS: *Non formalizar por escrito o contrato de traballo, cando este requisito sexa exixible ou o solicitou a persoa traballadora, ou non formalizar o acordo de traballo a distancia nos termos e cos requisitos legal e convencionalmente previstos*.

²⁷ Artigo 8.1. da LISOS: *A falta de pagamento e os atrasos reiterados no pago do salario debido*.

²⁸ Artigo 14.1. da LISOS: *Non comunicar á oficina de emprego as contratacións realizadas nos supostos en que estiver establecida esa obrigaón*.

²⁹ Artigo 14.3. da LISOS: *A falta de rexistro na oficina de emprego do contrato de traballo e das súas prórrogas nos casos en que estiver establecida a obrigaón de rexistro*.

Seguridade Social, o empresario podería ser responsábel das infraccións graves dos arts. 22.2.³⁰, 22.3.³¹, 22.4.³² e 22.6.³³ da LISOS. Por último, en materia de permisos de traballo de estranxeiros, o empresario podería ser responsábel da infracción moi grave estipulada no art. 37.1.³⁴ da LISOS.

Según o art. 39 da LISOS, as sancións anteriormente mencionadas poderán imporse nos graos mínimo, medio e máximo. A gradación das mesmas será: *en atención á negligencia e intencionalidade do suxeito infractor, fraude ou conivencia, incumprimento das advertencias previas e requirimentos da Inspección, cifra de negocios da empresa, número de traballadores ou de beneficiarios afectados no seu caso, prexuízo causado e cantidade defraudada, como circunstancias que poidan agravar ou atenuar a gradación a aplicar á infracción cometida.*

Non obstante, no caso concreto da infracción do art. 22.3., *a sanción imporase en grao mínimo cando a contía non ingresada, incluíndo recargas e intereses, non supere os 10.000 euros, no seu grao medio cando dita contía estea comprendida entre 10.001 e 25.000 euros, e no seu grao máximo cando sexa superior aos 25.000 euros. En todo caso, imporase a sanción no seu grao máximo, calquera que fose a cantidade non ingresada, cando o suxeito responsable cotizase en contía inferior á debida mediante a ocultación ou falsidade das declaracións ou datos que teña obrigaón de facilitar á Seguridade Social.*

En canto á cuantía das sancións, excepto as infraccións dos arts. 22.2. e 22.3. da LISOS, as demais serán calculadas do seguinte forma, seguindo o establecido no art. 40.1. do TRLISOS: *a) As leves, no seu grao mínimo, con multas de 60 a 125 euros; no seu grao medio, de 126 a 310 euros; e no seu grao máximo, de 311 a 625 euros. b) As graves con multa, no seu grao mínimo, de 626 a 1.250 euros, no seu grao medio de 1.251 a 3.125 euros; e no seu grao máximo de 3.126 a 6.250 euros. c) As moi graves con multa, no seu grao mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; no seu grao medio de 25.001 a 100.005 euros; e no seu grao máximo de 100.006 euros a 187.515 euros. No relativo á sanción do art. 22.2. sancionárase coa multa seguinte: no seu grao mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; no seu grao medio, de 6.251 a 8.000 euros e, no seu grao máximo, de 8.001 a 10.000 euros. En ningún caso, a contía correspondente á infracción prevista no artigo 22.2 poderá exceder de 10.000 euros (art. 40.3e) da LISOS). Por último, con respecto á sanción do art. 22.3. sancionárase coa multa seguinte: no seu grao mínimo, con multa do 50 ao 65 % do importe das cotas de Seguridade*

³⁰ Artigo 22.2. da LISOS: *Non solicitar a afiliación inicial ou o alta dos traballadores que ingresen ao seu servizo, ou solicitar a mesma, como consecuencia de actuación inspectora, fóra do prazo establecido. A estes efectos considerarase unha infracción por cada un dos traballadores afectados.*

³¹ Artigo 22.3. da LISOS: *Non ingresar, na forma e prazos regulamentarios, as cotas correspondentes que por todos os conceptos recada a Tesouraría Xeral da Seguridade Social ou non efectuar o ingreso na contía debida, cumprindo dentro de prazo as obrigaóns establecidas nos apartados 1 e 2 do artigo 26 do texto refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, sempre que a falta de ingreso non obedeza a unha declaración concursal da empresa, nin a un suposto de forza maior, nin se solicitou adiamento para o pago das cotas con carácter previo ao comezo da actuación inspectora, salvo que recaese resolución denegatoria.*

³² Artigo 22.4. da LISOS: *Incumprir as obrigaóns económicas derivadas da súa colaboración obrigatoria na xestión da Seguridade Social.*

³³ Artigo 22.6. da LISOS: *Non entregar ao traballador en tempo e forma, cuantos documentos sexan precisos para a solicitude e tramitación de calquera prestación, incluído o certificado de empresa, ou a non transmisión do devandito certificado, no caso de suxeitos obrigados ou acollidos á utilización de sistemas de presentación por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, conforme ao procedemento establecido.*

³⁴ Artigo 37.1. da LISOS: *Os empresarios que utilicen traballadores estranxeiros sen obter con carácter previo o preceptivo permiso de traballo, ou a súa renovación, incorrendo nunha infracción por cada un dos traballadores estranxeiros que ocupasen.*

Social e demais conceptos de recadación conxunta non ingresados, incluíndo recargas, intereses e costas; no seu grao medio, con multa do 65,01 ao 80 %; e no seu grao máximo, con multa do 80,01 ao 100% (art. 40.1.1. da LISOS).

V. Que pode facer Jesús para regularizar a súa situación administrativa logo da denegación da súa solicitude de asilo?

V.1. Migracións internacionais

Nas últimas décadas aumentou fortemente o interese da comunidade científica e da sociedade en xeral en relación cos fluxos migratorios, principalmente debido á gran relevancia que están a ter estes movementos no noso Estado e nos Estados veciños da Unión Europea.

Dende o proceso de expansión da Prehistoria, as migracións son parte fundamental para comprender o desenvolvemento das sociedades. Neste sentido, co establecemento do capitalismo moderno, a partir do SVI, a consolidación deste sistema socioeconómico conlevou unha expansión demográfica europea por distintos territorios colonizados, véxase América nos S. XVI-XVII, e posteriormente África e Asia nos S.XIX-XX. (Lacomba Bázquez, 2008)

Porén, dende o fin da II Guerra Mundial e o comezo dos procesos descolonizadores, alterouse a dinámica dos fluxos migratorios dominantes, con movementos dende as antigas colonias cara a metrópole. En paralelo, dende os anos 60 e 70, foi consolidándose unha nova forma capitalista, denominada capitalismo global, baseada nos avances tecnolóxicos (revolución tecnolóxica) e na cal existe un aproveitamento económico destes fluxos migratorios. (Lacomba Bázquez, 2008) Non obstante, nos Estados Occidentais esta mudanza nas migracións xera tamén conflitos vencellados ao empobrecemento, marxinalidade e violación de dereitos das persoas.

Ademais, esta situación está máis acentuada debido aos fluxos migratorios, principalmente hacia Europa, provintes de persoas que fuxen de conflitos bélicos e de crises político-económicas nos seus países de orixe, solicitando por iso protección internacional, como o caso de Jesús e Laura. Así, no caso español, según datos da Oficina de Asilo e Refuxio, España recibiu 118.446 solicitudes de protección internacional no ano 2019. Como podemos observar na seguinte táboa, esta situación está alcanzando números cada vez máis preocupantes, xa que a cantidade de solicitantes de protección internacional non deixa de crecer nos últimos anos.

Táboa 1. Número de solicitantes de Protección Internacional en España (2011-2019)

Ano	Solicitantes	Variación
2011	3.422	
2012	2.588	-24,37 %
2013	4.513	74,38 %

2014	5.952	31,89 %
2015	14.887	150,12 %
2016	16.544	11,13 %
2017	31.740	91,85 %
2018	55.749	75,64 %
2019	118.446	112,46 %
Total	253.841	

Fonte: *Oficina de Asilo e Refuxio (2020)*

V.2. Protección Internacional: condición de persoa refuxiada e protección subsidiaria

En España, a protección internacional comprende tanto o dereito de asilo, que se concede ós refuxiados, como a protección subsidiaria, que se concede ós extranxeiros que non son refuxiados, pero que se encontran en determinadas situacións de risco e non poden regresar ó seu país de orixe (Torres et al., 2017).

Según a Lei reguladora do dereito de asilo e da protección subsidiaria³⁵ (en adiante, LRDAPS), no seu art. 3, que mostraremos a continuación, defínese cales son as condicións dunha persoa para ser considerada refuxiada e polo tanto merecedora do dereito de asilo:

A condición de refuxiado reconécese a toda persoa que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, relixión, nacionalidade, opinións políticas, pertenza a determinado grupo social, de xénero ou orientación sexual, atópase fóra do país da súa nacionalidade e non pode ou, por mor de devanditos temores, non quere acollerse á protección de tal país, ou ao apátrida que, carecendo de nacionalidade e achándose fóra do país onde antes tivese a súa residencia habitual, polos mesmos motivos non pode ou, por mor de devanditos temores, non quere regresar a el, e non estea incurso nalgunha das causas de exclusión do artigo 8 ou das causas de denegación ou revogación do artigo 9.

En relación coa condición de refuxiado o TS deixa claro que para ser considerado como tal, é necesario cumprir cos requisitos ou criterios de recoñecemento establecidos no art. 3 da LRDAPS (STS de 6 e marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:799)).

Analizando os requisitos do devandito artigo, o primeiro deles é ser estranxeiro, xa que di literalmente: *atópase fóra do país da súa nacionalidade*. En segundo lugar, deben existir temores fundados, os cales según a STS de 10 de decembro de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5211) deben:

Fundamentarse en una equilibrada y ponderada valoración de los hechos y de las circunstancias personales del solicitante de asilo, así como en el análisis de la naturaleza del riesgo, a efectos de establecer si concurren los presupuestos determinantes del

³⁵ Lei 12/2009, de 30 de outubro, reguladora do dereito de asilo e da protección subsidiaria. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con>)

otorgamiento de protección internacional. Este examen no ha de efectuarse con criterios restrictivos, al ser suficiente, a estos efectos, que la autoridad competente en materia de asilo alcance una convicción racional de que concurren dichos requisitos para que proceda reconocer la condición de asilado.

En terceiro lugar, debe existir persecución. Neste caso, os actos de persecución están definidos no art. 6 da LRDAPS, emporiso, cómpre mencionar algunhas matizacións que ten realizado o TS ó respecto. Seguindo a STS de 17 de novembro de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5000), a denegación da extradición non significa por si soa a existencia necesaria dunha persecución. Ademais, na STS de 30 de xaneiro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:480), determínase que se nun procedemento de extradición se conclúe que non hai posibilidade de que o extraditado vaia a sufrir algún dano por motivos de persecución, do mesmo xeito nun procedemento posterior de asilo se ten que chegar á mesma conclusión. Así mesmo, na STS de 11 de outubro de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4464) delimitase conceptualmente a persecución establecendo que é necesario que sexa persoal e individualizada.

En cuarto lugar, no relativo ós motivos de persecución, a propia LRDAPS, no seu art. 3 establece cales son: raza, relixión, nacionalidade, opinións política ou grupo social (de xénero ou orientación sexual).

Por último, en canto á proba dos requisitos anteriormente mencionados, a STS de 20 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1650), establece o seguinte:

En este tipo de procesos no es factible la exigencia de una prueba plena porque partiendo del hecho notorio de que en determinado país existen unas circunstancias socio-políticas que conllevan persecución por distintas razones, tal situación impide generalmente la obtención de elementos de prueba que acrediten la situación de perseguido, por eso habrá que buscar una prueba indiciaria que "prima facie" acredite que quien solicita el asilo o refugio es o puede ser perseguido en razón de circunstancias étnicas, religiosas, por pertenencia a grupo político social determinado, etc., sin que quepa establecer criterios de general aplicación de la norma, debiendo estarse a la valoración que se realice en cada caso concreto y de las circunstancias que en él concurren.

No caso de non cumprir as condicións anteriormente mencionadas para ser considerado refuxiado, existe a figura da protección subsidiaria, a cal é menos esixente en canto ós requisitos necesarios para o acceso á mesma. Encóntrase regulada principalmente nos artigos 4 e 10 da LRDAPS. En relación con estes artigos, a STS de 19 de decembro de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5515) remarca que en ningún destes dous artigos se menciona a necesidade dunha persecución, mentres que para a condición de refuxiado era un requisito esencial.

Así mesmo, na STS de 4 de novembro de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4608) aclárase o seguinte: *para valorar la procedencia de la protección subsidiaria habrá que ponderar no tanto la credibilidad de su relato sino la situación de su país de origen y el riesgo de sufrir alguno de los daños graves mencionados en el artículo 10 de la LRDAPS.*

Os danos graves aos que fai mención o art. 10 son: *a) a condena a pena de morte ou o risco da súa execución material; b) a tortura e os tratos inhumanos ou degradantes no país de orixe do solicitante; c) as ameazas graves contra a vida ou a integridade dos civís*

motivadas por unha violencia indiscriminada en situacións de conflito internacional ou interno.

Por último, tal e como dispón o art. 5 da LRDAPS, os dereitos garantidos ás persoas beneficiarias do dereito de asilo e da protección subsidiaria son os mesmos: *a protección concedida co dereito de asilo e a protección subsidiaria consiste na non devolución nin expulsión das persoas a quen se lles recoñeceu, así como na adopción das medidas contempladas no artigo 36 desta Lei e nas normas que o desenvolvan, na normativa da Unión Europea e nos Convenios internacionais ratificados por España.*

V.3. Análise da solicitude de Protección Internacional. Denegación da Protección Internacional, efectos e posíbeis recursos

A presentación da solicitude de Protección Internacional está regulada na LRDAPS, en concreto no seu art. 17.1 estipula que *o procedemento iníciase coa presentación da solicitude, que deberá efectuarse mediante comparecencia persoal dos interesados que soliciten protección nos lugares que reglamentariamente se establezan, ou en caso de imposibilidade física ou legal, mediante persoa que o represente. Neste último caso, o solicitante deberá ratificar a petición unha vez desapareza o impedimento.*

Jesús, como solicitante de protección internacional, é titular dos dereitos e obrigacións recollidos no art. 18 da LRDAPS. Na mesma liña, como persoa emigrante procedente de Perú, élle de aplicación a Lei Orgánica de Estranxeiría³⁶ (en adiante, LOes), polo que independentemente da solicitude, débese ter en conta especialmente o que di o propio artigo 3.1 da LOes referido ós dereitos e liberdades recoñecidos no Título I da CE. Ademais, a propia solicitude de protección internacional ten efectos (art. 19 da LRDAPS), entre os que destaca pola súa importancia para Jesús o seguinte regulado no art. 19.1.: *solicitada a protección, a persoa estranxeira non poderá ser obxecto de retorno, devolución ou expulsión ata que se resolva sobre a súa solicitude ou esta non sexa admitida. No entanto, por motivos de saúde ou seguridade públicas, a autoridade competente poderá adoptar medidas cautelares en aplicación da normativa vixente en materia de estranxeiría e inmigración.*

Así mesmo, tal e como se explica no suposto de feito, Jesús obtivo permiso de residencia e traballo temporalmente. Porén, o 30 de decembro de 2020 recibiu a negativa á súa solicitude presentada. A denegación da solicitude de protección internacional, tal e como estipula o art. 37 da LRDAPS sobre os efectos das resolucións denegatorias, enuncia dúas posíbeis solucións para Jesús:

A non admisión a trámite ou a denegación das solicitudes de protección internacional determinarán, segundo corresponda, o retorno, a devolución, a expulsión, a saída obrigatoria do territorio español ou o traslado ao territorio do Estado responsable do exame da solicitude de asilo das persoas que o solicitaron, salvo que, de acordo coa Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, e a súa normativa de desenvolvemento, se dea algún dos seguintes supostos: a) que a persoa interesada reúna os requisitos para permanecer en España en situación de estancia ou residencia; b) que se autorice a súa estancia ou residencia en España por razóns humanitarias determinadas na normativa vixente.

³⁶ Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>)

En primeiro lugar, en relación aos requisitos para permanecer en España do suposto a), no Real Decreto polo que se aproba o Regulamento da Lei Orgánica de Estranxeiría (en adiante, RLOes)³⁷, no art. 123, establécese o seguinte: *de conformidade co artigo 31.3 da Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, en atención ás circunstancias excepcionais que concorran, poderase conceder unha autorización de residencia temporal aos estranxeiros que se achen en España nos supostos de arraigamento, protección internacional, razóns humanitarias, colaboración con autoridades públicas ou razóns de seguridade nacional ou interese público, previstos nos artigos seguintes.*

En segundo, no relativo ó suposto b), o RLOes no seu art. 126, enuncia os supostos nos que se autorizaría a residencia temporal por razóns humanitarias, os cales serán explicados con maior detalle no apartado seguinte, no cal se detallarán as diferentes posibilidades de Jesús para tentar regularizar a súa situación en España.

Por último, con respecto ós posibles recursos fronte á denegación da solicitude, o art. 29 da LRDAPS estipula o seguinte: *as resolucións previstas na presente Lei porán fin á vía administrativa, salvo no caso de que se presentou a petición de reexamen prevista no apartado cuarto do artigo 21, en que se entenderá que pon fin á vía administrativa a resolución que decida dita petición, e serán susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo e de recurso ante a xurisdición contencioso-administrativa (...).*

V.4. Dereito de arraigamento e autorización por razóns humanitaria

A figura xurídica do arraigamento (art. 31.3. da LOes) xurdiu como consecuencia da necesidade do Estado de regularizar a unha importante cantidade de estranxeiros que se encontraban en España de maneira irregular (Giménez Bachmann, 2015). En concreto, existen tres tipos diferentes de arraigamento según o art. 124 do RLOes.

- Arraigamento laboral (art. 124.1 do RLOes):

Por arraigamento laboral, poderán obter unha autorización os estranxeiros que acrediten a permanencia continuada en España durante un período mínimo de dous anos, sempre que carezan de antecedentes penais en España e no seu país de orixe ou no país ou países en que residise durante os últimos cinco anos, e que demostren a existencia de relacións laborais cuxa duración non sexa inferior a seis meses. Aos efectos de acreditar a relación laboral e a súa duración, o interesado deberá presentar unha resolución xudicial que a recoñeza ou a resolución administrativa confirmatoria da acta de infracción da Inspección de Traballo e Seguridade Social que a acredite.

En relación co segundo parágrafo deste artigo, a STS de 25 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1184) estipula que: *la finalidad del párrafo segundo del art. 124.1 del Reglamento no es, ni puede ser, rectamente interpretado, la de restringir los medios de prueba del arraigo laboral, sino, por el contrario, la de facilitar la prueba del mismo cuando tenga sobre la base relaciones laborales clandestinas, precisamente, por la dificultad de prueba que de tal circunstancia deriva.* En relación con isto, podemos concluír que as relacións laborais ás que fai referencia o art. 124.1 do RLOes poden ser de calquer clase, tanto clandestinas, como non clandestinas, como di a propia STS de 25 de marzo de 2021: *los*

³⁷ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, polo que se aproba o Regulamento da Lei Orgánica 4/2000, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, tras a súa reforma por Lei Orgánica 2/2009. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557>)

términos en los que el reglamento se refiere al arraigo laboral se limitan a aludir a "la existencia de relaciones laborales", sin más calificativo.

No caso de Jesús, si que cumpriría co requisito de existencia dunha relación laboral que non sexa inferior a seis meses, xa que tal e como quedou evidenciado na terceira cuestión deste traballo, Jesús está inmerso nunha relación laboral dende o 15 de setembro de 2020, polo que na actualidade superaría os seis meses necesarios. Porén, a súa chegada a España data do 25 de xullo de 2019, polo que precisaría agardar até o 25 de xullo de 2021 para completar os dous anos necesarios e así poder solicitar o arraigamento laboral (presumindo que cumpra co requisito dos antecedentes penais, o cal non está especificado no suposto de feito).

- Arraigamento social: *poderán obter unha autorización os estranxeiros que acrediten a permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres anos (...)* (art. 124.2. do RLOes) Ademais deste requisito, é necesario cumprir as seguintes condicións de maneira acumulativa, as cales se regulan no mesmo artigo: carecer de antecedentes penais durante os últimos cinco anos, do mesmo xeito que no arraigamento laboral, contar cun contrato laboral no momento da solicitude por un período que non sexa inferior a un ano e ter vencellamentos familiares con outros estranxeiros residentes ou ben presentar un informe de arraigamento que acredite a súa integración, emitido pola Comunidade Autónoma onde teña o seu domicilio habitual.

En canto a Jesús, tal e como analizamos na pregunta tres deste traballo, presúmese *iuris tantum* que dispón dun contacto de traballo por tempo indefinido e a xornada completa, seguindo o establecido nos arts. 8.1 e 8.2. do ET, polo que o requisito de dispoñer no momento da solicitude dun contrato laboral por un período que non sexa inferior a un ano si que o cumpriría. Porén, neste tipo de arraigamento é necesario residir tres anos en España, en lugar de dous, como no arraigamento laboral, polo que non é útil para Jesús xa que ademais de ter que cumprir con requisitos extra, como o do vencellamento familiar, tería que esperar un ano máis para cumprir o requisito temporal de residencia en España.

- Arraigamento familiar: *a) Cando se trate de pai ou nai dun menor de nacionalidade española, sempre que o proxenitor solicitante teña a cargo ao menor e conviva con este ou estea ao corrente das obrigacións paternofiliales respecto ao mesmo. b) Cando se trate de fillos de pai ou nai que fosen orixinariamente españois* (art. 124.3. do RLOes).

No relativo a Jesús, seguindo os datos ofrecidos no suposto de feito, non cumpre ningunha das condicións para o arraigamento familiar, polo que fica descartado como opción para regularizar a súa situación.

No relativo á autorización de residencia temporal por razóns humanitarias (regulado no art. 126 do RLOes), concretamente no apartado primeiro deste artigo estipúlase un suposto que podería encaixar coa casuística de Jesús. Literalmente o art. 126.1. do RLOes di:

Aos estranxeiros vítimas dos delitos tipificados nos artigos 311 a 315, 511.1 e 512 do Código Penal, de delitos nos que concorre a circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas ou doutra clase de discriminación tipificada no artigo 22.4.^a do Código Penal, ou de delitos por condutas violentas exercidas na contorna familiar, sempre que recaese resolución xudicial finalizadora do procedemento xudicial na que se estableza a condición de vítima de tales delitos.

Na cuarta cuestión do presente traballo, analizamos a posibilidade de que o empresario fose responsábel do delito do art. 311.1º. do CP como consecuencia do seu comportamento irregular en relación con Jesús. No caso de que así fose, cumpríriase a condición de ser vítima do delito do art. 311, que establece o art. 126.1 do RLOes como condición para poder acceder á autorización de residencia temporal por razóns humanitarias. Non obstante, en principio sería necesario agardar a que houbera unha resolución xudicial finalizadora do procedemento no que se condenase ao empresario como autor do delito do art. 311.1º., e así, nese intre Jesús pasaría a ser un estranxeiro vítima do devandito delito, sendo beneficiario da autorización de residencia temporal por razóns humanitarias.

En síntese, as dúas opcións con maiores posibilidades para tentar regularizar a situación de Jesús serían: o arraigamento laboral, para o que tería que demostrar a súa relación de laboralidade dende o 15 de setembro de 2020 e agardar ao 25 de xullo para completar os dous anos necesarios de residencia en España; ou ben a autorización de residencia temporal por razóns humanitarias, para a cal necesitaría iniciar un procedemento penal contra o seu empresario polo delito contra os dereitos dos traballadores do art. 311.1º. do CP, agardar a que fose condenado e así converterse nun estranxeiro vítima dun dos delitos estipulados no art. 126.1. do RLOes, e polo tanto, beneficiario da autorización da residencia temporal por razóns humanitarias.

CONCLUSIÓNS

PRIMEIRA. Jesús e Laura gozan de dúas opcións xurídicas: poden esixir o cumprimento da obrigaón para que o arrendador arranxe as deficiencias da vivenda, ou ben poden resolver o contrato de alugueiro. En ambos casos, seguindo o art. 1124 do CC, poden reclamar danos e prexuízos. Dentro dos danos e prexuízos inclúese o dano patrimonial, é dicir, o dano emerxente (que sería a perda sufrida polos arrendatarios neste caso) e o lucro cesante (que sería a ganancia deixada de obter por Jesús e Laura debido ó incumprimento do arrendador), máis o dano moral, o cal está sendo recoñecido de xeito recente pola xurisprudencia do TS. Neste último caso, a valoración está sometida ó arbitrio dos xuíces, aínda que os baremos estipulados na LRCSCVM están sendo empregados como instrumento orientativo na valoración de danos e prexuízos de índole e orixe diferente á que trata esta lei en cuestión. En canto á valoración do dano emerxente realízase mediante a aplicación de criterios de mercado, coa correspondente peritación, tendo en conta que este dano está composto fundamentalmente polo custo de reparación ou valor de reposición do ben ou dereito lesionado, máis os gastos extras nos que incurrisen os prexudicados debido ó incumprimento. Pola súa banda, no lucro cesante case sempre cómpre acudir a criterios de causalidade probabilística, esixindo proba dos beneficios que terían obtido con alta probabilidade no caso de non existir o incumprimento.

SEGUNDA. No caso de que non existise consentimento por parte da propietaria da vivenda para que o seu fillo asinase por ela o contrato de alugueiro, estaríamos ante un concurso aparente de delitos, tamén coñecido como concurso de normas. Concretamente, a estafa impropia do art. 251.1º. do CP absorvería (art. 8.3. do CP) o delito de falsidade en documento privado do art. 395 en relación co art.390.1.1º do CP, en tanto que o que o prexuízo patrimonial orixinado englobaría tamén o engano e o ánimo de perxudicar. Porén, existen casuísticas nas que se aplicaríase o art. 8.4. do CP, por exemplo, no caso de que fose unha tentativa de estafa, xa que lle correspondería menos pena que á falsidade documental do art. 395, polo que se condenaría por este último en virtude do principio de alternatividade, para evitar privilexiar a unha persoa de forma totalmente inxusta. Por último, cómpre lembrar que no caso de que existise consentimento da nai para a sinatura do alugueiro, non existiría ningún delito, xa que non se cumprirían os elementos do tipo de ningunhas das dúas figuras delituosas mencionadas.

TERCEIRA. A pesar de que non ten contrato de traballo, entre o empresario e Jesús existe unha relación laboral, xa que se cumpren os requisitos de existencia da mesma: voluntariedade da relación entre o traballador e o empresario, retribución a cambio do traballo, realización do traballo por conta allea e existencia dunha relación de dependencia entre o traballador e o empresario. Neste contexto, é evidente que a súa situación laboral non é correcta desde o punto de vista legal. Non ten contrato de traballo, polo que seguindo o estipulado no art. 8.1 e 8.2. do ET presúmese *iuris tantum* a existencia dun contrato por tempo indefinido e a xornada completa. No relativo á Seguridade Social a súa situación tamén é fraudulenta, xa que debería ter sido dado de alta no RXSS, según o art. 136 da LXSS, pero non foi así xa que o empresario incumpriu a súa obriga. Como consecuencia, non está afiliado á Seguridade Social nen está cotizando, o cal non está permitido legalmente según os arts. 15 e 18 da LXSS. Ademais, o 26 de novembro de 2020 deu positivo en Covid-19 e non puido traballar até o 5 decembro. En lugar de ser incapacitado temporalmente (art.169 da LXSS) por unha enfermidade común (art. 158 da LXSS), e así percibir as prestacións económicas correspondentes, ao non estar dado de alta no RXSS, o empresario deixou de pagarlle eses días e Jesús non puido compensar esas perdas de ningún xeito. Evidentemente,

esta acción tamén é totalmente irregular, xa que ó sufrir a Covid-19 que imposibilita acudir ó traballo, Jesús debería ter sido incapacitado temporalmente por enfermidade común segúns os arts. anteriormente mencionados. En canto ás opcións das que dispón para tratar de regularizar a súa situación laboral, son fundamentalmente dúas: denuncia ante a Inspección de Traballo e Seguridade Social, ou ben demanda contra a empresa na que traballa, no Xulgado do Social da Coruña, en reclamación ou recoñecemento da existencia de relación laboral.

CUARTA. O empresario podería ser responsábel en calidade de autor do delito 311.1º. contra os dereitos dos traballadores, ao existir a imposición por parte do mesmo dunhas condicións laborais e sociais irregulares, aproveitándose da situación de necesidade de Jesús e ademais, facendo todo isto de xeito consciente (dolo). Non obstante, en relación aos arts.305.1. e 307.1. do CP, o empresario non cometeu eses delitos, xa que as cantidades mínimas defraudadas de 120.000 euros e 50.000 euros respectivamente son condición necesaria en ambas figuras penais, polo que non pode ser condenado polos mesmos ao non acadar esas cifras. Ademais do ámbito penal, o empresario tamén puido ter cometido infraccións reguladas na LISOS. Neste sentido, cómpre lembrar que o procedemento penal ten prioridade temporal e que os feitos probados nese proceso vencellan sempre ó procedemento administrativo sancionador posterior, e que ademais, no caso de existir triple identidade subxetiva, de feito e de fundamento no ámbito penal e sancionador, unha condena na xurisdición penal impediría unha sanción administrativa, debido ó principio *non bis in idem*. A pesar disto, entendemos que no presente caso non existe identidade subxetiva, xa que o empresario podería ser condenado penalmente como responsábel legal da empresa e sancionado administrativamente como persoa xurídica empresario, tal e como di a STS de 18 de xulo de 2020. Por este motivo, indepentemente de que o empresario sexa condenado ou non penalmente, poderá responder polas infraccións reguladas na LISOS que puido ter cometido. En concreto, en materia de relacións laborais, a infracción leve do art. 6.4., a infracción grave do art 7.1., e a infracción moi grave do art. 8.1. En materia de emprego, as infraccións leves dos arts.14.1. e 14.3. No relativo á Seguridade Social, as infraccións graves dos arts. 22.2., 22.3., 22.4. e 22.6. Por último, en relación cos permisos de traballo de estranxeiros, a infracción moi grave estipulada no art. 37.1.

QUINTA. Jesús, como solicitante de Protección Internacional, obtivo permiso de residencia e traballo temporalmente. Porén, o 30 de decembro de 2020 recibiu a notificación negativa da súa solicitude. Tras a denegación da mesma, existen dúas posibilidades principais para tratar de regularizar a súa situación. Por un lado, o arraigamento laboral, regulado no art. 124.1 do RLOes, para o cal tería que conseguir o recoñecemento da súa relación de laboralidade dende o 15 de setembro de 2020, e agardar a completar os dous anos de residencia en España que se cumprirían o 25 de xullo de 2021. Por outro lado, a autorización temporal por razóns humanitarias, para a que precisaría que o seu empresario fose condenado polo delito contra os dereitos dos traballadores do art. 311.1º. do CP, debido á situación irregular na que mantén ao propio Jesús, e así converterse en vítima dun dos delitos establecidos no art. 126.1. do RLOes como requisito para ser beneficiario da devandita autorización temporal por razóns humanitarias.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) (2019). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Ed. Bercal, Madrid.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) (2017). *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Ed. Bercal, Madrid.

GIMÉNEZ BACHMANN, M. (2015). *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) (2016). *Derecho Penal Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

LACOMBA BÁZQUEZ, J. (2008). *Historia de las migraciones internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación*. Los libros de la Catarata. Madrid.

LASCURAÍN SÁCHEZ, J.A. (Coord.) (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.

MUÑOZ CONDE, F. (2004). *Derecho Penal Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia

PUIG ROVIRA, J. M., & GIJÓN CASARES, M., & MARTÍN GARCÍA, X., & RUBIO SERRANO, L. (2011). *Aprendizaje-Servicio y Educación para la Ciudadanía*. en Revista de Educación, número extraordinario 2011, pp 45-67.

TORRES, A.M.; ALARCÓN, N. Y BÁRCENA P. (2017). *La protección internacional de los solicitantes de asilo*. Fundación abogacía española, Madrid.

URUÑUELA NÁJERA, P.M^a. (2018). *La Metodología del Aprendizaje-Servicio. Aprender mejorando el mundo*. Ed. Narcea

Webgrafía

Oficina de Asilo y Refugio (2020). *Asilo en cifras 2019*. Recuperado el 25 de marzo de 2021 (http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13)

APÉNDICE LEGISLATIVO

Normativa internacional

Resolución 217 A (III), da Asamblea Xeral de Nacións Unidas, de 10 de decembro de 1948 en París, na que se establece a Declaración Universal de Dereitos Humanos.

Instrumento de Ratificación de España do Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais, feito en Nova York o 19 de decembro de 1966. Boletín Oficial do Estado, de 30 de abril de 1977, núm. 103, páxinas 9343 a 9347 (5 páxs.).

Normativa española

Constitución Española. Boletín Oficial do Estado, de 29 de decembro de 1978, núm. 311.
(ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal. Boletín Oficial do Estado, de 24 de novembro de 1995, núm. 281.
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>)

Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social. Boletín Oficial do Estado, de 12 de xaneiro do 2000, núm. 10.
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>)

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 polo que se publica o Código de Comercio. Boletín Oficial do Estado, de 16 de outubro de 1885, núm. 289.
(ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con))

Real Decreto de 24 de xullo de 1889 polo que se publica o Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de agosto de 1889, núm. 206.
(ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))

Lei 18/1982, sobre réxime fiscal de agrupacións e unións temporais de Empresas e das Sociedades de desenvolvemento industrial rexional. Boletín Oficial do Estado, de 9 de xuño de 1982, núm. 137., páxinas a 15642 a 15646 (5 páxs.).
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1982/05/26/18>)

Lei 14/1994, de 1 de xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal. Boletín Oficial do Estado, de 2 de xuño de 1994, núm. 131.
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/06/01/14/con>)

Lei 29/1994, de 24 de novembro, de Arrendamentos Urbanos. Boletín Oficial do Estado, de 25 de novembro de 1994, núm. 282.
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/11/24/29/con>)

Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil. Boletín Oficial do Estado, de 8 de xaneiro do 2000, núm 7.
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>)

Real Decreto Lexislativo 5/2000, de 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre Infraccións e Sancións na Orde Social. Boletín Oficial do Estado, de 8 de agosto do 2000, núm. 189.
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2000/08/04/5/con>)

Real Decreto Lexislativo 8/2004, de 29 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de responsabilidade civil e seguro na circulación de vehículos a motor. Boletín Oficial do Estado, de 5 de novembro de 2004, núm. 267.
(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/10/29/8/con>)

Lei 35/2006, de 28 de novembro, do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas e de modificación parcial das leis dos Impostos sobre Sociedades, sobre a Renda de non Residentes e sobre el Patrimonio. Boletín Oficial do Estado, de 29 de novembro de 2006, núm. 285.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/11/28/35/con>)

Lei 12/2009, de 30 de outubro, reguladora do dereito de asilo e da protección subsidiaria. Boletín Oficial do Estado, de 31 de outubro de 2009, núm. 263.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con>)

Lei 36/2011, de 10 de outubro, reguladora da xurisdición social. Boletín Oficial do Estado, de 11 de outubro de 2011, núm. 245.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>)

Lei 4/2013, de 4 de xuño, de medidas de flexibilización e fomento do mercado do alugueiro de vivendas. Boletín Oficial do Estado, de 5 xuño de 2013, núm. 134, páxinas 42244 a 42256 (13 páxs.).

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/06/04/4>)

Lei 23/2015, de 21 de xullo, Ordenadora do Sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social. Boletín Oficial do Estado, de 22 de xulo de 2015, núm. 174.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/21/23/con>)

Real Decreto Lexislativo 2/2015, de 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores. Boletín Oficial do Estado, de 24 de outubro de 2015, núm. 255.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>)

Real Decreto Lexislativo 8/2015, de 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei Xeral da Seguridade Social. Boletín Oficial do Estado, de 31 de outubro de 2015, núm. 261., páxinas 103291 a 103519 (229 páxs.).

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>)

Real Decreto-lei 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urxentes en materia de vivenda e alugueiro. Boletín Oficial do Estado, de 5 de marzo de 2019, núm. 55, páxinas 21007 a 21024 (18 páxs.).

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/01/7>)

Real Decreto-lei 6/2020, de 10 de marzo, polo que se adoptan determinadas medidas urxentes no ámbito económico e para a protección da saúde pública. Boletín Oficial do Estado, de 11 de marzo de 2020, núm. 62, páxinas 24169 a 24177 (9 páxs.).

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/10/6/con>)

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, polo que se aproba o Regulamento da Lei Orgánica 4/2000, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, tras a súa reforma por Lei Orgánica 2/2009. Boletín Oficial do Estado, de 30 de abril de 2011, núm.103., páxinas 43821 a 44006 (páxs.).

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557>)

APÉNDICE XURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional

Sentenza do Tribunal Constitucional de 30 de xaneiro de 1981 (ECLI:ES:TC:1981:2)

Sentenza do Tribunal Constitucional de 3 de outubro de 1983 (ECLI:ES:TC:1983:77)

Sentenza do Tribunal Constitucional de 20 de xullo de 1998 (ECLI:ES:TC:1988:152)

Sentenza do Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:7)

Sentenza do Tribunal Constitucional de 14 de maio de 2015 (ECLI:ES:TC:2015:93)

Tribunal Supremo

Sentenza do Tribunal Supremo de 21 de outubro de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:5698)

Sentenza do Tribunal Supremo de 19 de abril de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:2602)

Sentenza do Tribunal Supremo de 30 de xuño do 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5351)

Sentenza do Tribunal Supremo de 17 de abril de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:3179)

Sentenza do Tribunal Supremo de 29 de outubro de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8383)

Sentenza do Tribunal Supremo de 24 de maio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3703)

Sentenza do Tribunal Supremo de 3 de xullo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:4650)

Sentenza do Tribunal Supremo de 12 de decembro de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7591)

Sentenza do Tribunal Supremo de 13 de xullo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5259)

Sentenza do Tribunal Supremo de 21 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:4757)

Sentenza do Tribunal Supremo de 19 de maio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3658)

Sentenza do Tribunal Supremo de 4 de novembro de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7129)

Sentenza do Tribunal Supremo de 23 de novembro de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7716)

Sentenza do Tribunal Supremo de 23 de novembro de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8549)

Sentenza do Tribunal Supremo de 27 de outubro de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5613)

Sentenza do Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2025)

Sentenza do Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1861)

Sentenza do Tribunal Supremo de 5 de maio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3365)

Sentenza do Tribunal Supremo de 27 de xuño de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4568)

Sentenza do Tribunal Supremo de 13 de abril de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3065)

Sentenza do Tribunal Supremo de 26 abril de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3100)

Sentenza do Tribunal Supremo de 6 de xuño de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5131)

Sentenza do Tribunal Supremo do 7 de novembro de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9123)

Sentenza do Tribunal Supremo de 6 de febreiro de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:428)

Sentenza do Tribunal Supremo de 14 de novembro de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5829)

Sentenza do Tribunal Supremo de 26 de novembro de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5711)

Sentenza do Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1220)

Sentenza do Tribunal Supremo de 16 de xuño de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2844)

Sentenza do Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:799)

Sentenza do Tribunal Supremo de 16 marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1875)

Sentenza do Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1889)

Sentenza do Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1650)

Sentenza do Tribunal Supremo de 20 de outubro de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5215)

Sentenza do Tribunal Supremo de 4 de novembro de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4608)

Sentenza do Tribunal Supremo de 10 de decembro de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5211)

Sentenza do Tribunal Supremo de 10 de decembro de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5217)

Sentenza do Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016, (ECLI: ES:TS:2017:1303)

Sentenza do Tribunal Supremo de 9 de xuño de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2589)

Sentenza do Tribunal Supremo de 11 de outubro de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4464)

Sentenza do Tribunal Supremo de 17 de novembro de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5000)

Sentenza do Tribunal Supremo de 19 de decembro de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5515)

Sentenza do Tribunal Supremo de 2 de febreiro de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:329)

Sentenza do Tribunal Supremo de 6 de xullo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2751)

Sentenza do Tribunal Supremo de 28 de setembro de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3389)

Sentenza do Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1286)

Sentenza do Tribunal Supremo de 30 de xaneiro de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:480)

Sentenza do Tribunal Supremo de 8 de xullo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2362)

Sentenza do Tribunal Supremo de 18 de xulo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2632)

Sentenza do Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1184)