



# UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

Curso 2021-2022

Favorecimiento de la inmigración irregular y vulneración de los derechos de los trabajadores.

Alumno: Javier Barral Barral

Tutor: Manuel Areán Lalín

# ÍNDICE;

- I. LISTADO DE ABREVIATURAS p. 4
- II. ANTECEDENTES DE HECHO p. 5
- III. INTRODUCCIÓN p. 6
- IV. DESARROLLO DE CUESTIONES p. 7
  - IV.1 CUESTIÓN 1; Calificación penal de los hechos. p. 7
    - 1.1 Análisis de la conducta de Carlos Basalo p. 7
    - 1.2 Análisis de la conducta de Isak Méndez p. 11
    - 1.3 Análisis de la conducta de Marta Canuria p. 12
    - 1.4 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal p. 13
    - 1.5 Infracción administrativa p. 14
  - IV.2 CUESTIÓN 2; Jurisdicción y Competencia p. 15
    - 2.1 Competencia territorial p. 18
    - 2.2 Competencia territorial para el caso de que la autorización se presenta en la Subdelegación del Gobierno de Valladolid. p. 19
    - 2.3 Legitimación activa y pasiva p. 20
    - 2.4 Procedimiento penal aplicable p. 21
  - IV.3 CUESTIÓN 3; Eficacia de la autorización inicial de trabajo y residencia por cuenta ajena obtenida por los marroquíes. p. 23
    - 3.1 Requisitos y procedimiento para obtener la autorización. p. 23
  - IV.4 CUESTIÓN 4; Calificación de los hechos cometidos por Antonio Ramírez. p. 29
    - 4.1 Abuso situación de necesidad p. 31
    - 4.2 Rango probatorio del acta de infracción de la inspección de trabajo p. 32
    - 4.3 Derecho de Hamid a recibir una indemnización p. 34
  - IV. 5 CUESTIÓN 5; Extranjero en situación regular e irregular p. 36
    - 5.1 Eficacia legal del contrato celebrado entre Hamid y Antonio Ramírez. p. 38
    - 5.2 Indemnización por despido a Hamid. p. 39
- V. CONCLUSIONES FINALES p.41
- VI. BIBLIOGRAFÍA p.42

VII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL p.43

VIII. APÉNDICE LEGISLATIVO p.44

## I. LISTADO DE ABREVIATURAS;

APMA: Audiencia Provincial de Madrid.

ATS: Auto Tribunal Supremo.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal

ET: Estatuto de los Trabajadores

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LO: Ley Orgánica

LOEX: Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley Orgánica de Extranjería).

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOSIT: Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LPR: Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

MF: Ministerio Fiscal.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

SLU: Sociedad Limitada Unipersonal.

TS: Tribunal Supremo

TSJCL: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

## II. ANTECEDENTES DE HECHO;

Carlos Basalo, de nacionalidad española y residente en León, era dueño y administrador único de la sociedad mercantil “CONSTRUCTORAS BASALO S.L.U.”, con domicilio social en León, y cuyo objeto social consistía en la ejecución de obras y construcciones en general. En el año 2020, la citada empresa no disponía de ningún empleado, pues no tenía apenas volumen de trabajo, siendo muy escasa su facturación mercantil. En ese mismo año, Carlos empezó a elaborar ofertas falsas de empleo en nombre de su empresa para ciudadanos extranjeros de origen marroquí. A efectos de regularizar la situación de los inmigrantes en España, Carlos presentaba las ofertas de trabajo ficticias ante la Subdelegación del Gobierno en León para obtener fraudulentamente la autorización de trabajo y residencia inicial a favor de los extranjeros.

Carlos disponía de un colaborador de origen marroquí, Isak Mendez, residente en León, que se dedicaba a captar a compatriotas en Marruecos que estuviesen dispuestos a pagar la cantidad de 10.000 euros por cada oferta de empleo, y a quienes hacía creer que era la tramitación correcta. Isak facilitaba a Carlos los datos y pasaportes de los extranjeros para la elaboración de las ofertas de trabajo y consiguientes solicitudes de autorización inicial de residencia y trabajo para la empresa constructora, bajo una apariencia de legalidad. Por cada persona migrante, Isak recibía una contraprestación de 2.000 euros. Sin embargo, los inmigrantes, al entrar en España con el permiso concedido, nunca llegaban a trabajar en la empresa de Carlos, aunque si bien, a fin de cumplimentar el paso final para la expedición de la tarjeta de residencia, eran dados de alta durante un breve periodo de tiempo en la Seguridad Social. Posteriormente, eran dados de baja de “CONSTRUCTORAS BASALO S.L.U.”, alegando la baja voluntaria del trabajador extranjero.

En el año 2020, Marta Canuria, de nacionalidad española y residente en León, inicia una relación sentimental con Carlos. Marta era la dueña y administradora única de “LIMPIEZA A LA CARTA, S.L.U.”, con domicilio social en León y cuyo objeto social consistía en la limpieza de todo tipo de edificaciones y locales. Esta sociedad disponía únicamente de tres trabajadores en su plantilla y, al igual que la empresa de Carlos, su volumen de trabajo era muy bajo. A raíz de su relación con Marta, Carlos le pidió si podría presentar ofertas de trabajo falsas a ciudadanos extranjeros en nombre de su empresa, es decir, de “LIMPIEZA A LA CARTA, S.L.U.”. Carlos le hizo creer que necesitaba a estos trabajadores para un proyecto en su empresa constructora y que, de este modo, los podría conseguir más rápidamente. Asimismo, Carlos le explicó a Marta que él mismo le facilitaría la documentación y datos necesarios de los ciudadanos extranjeros pero que, en ningún momento, llegarían a trabajar en la empresa de Marta.

Siguiendo este plan, se llegaron a conceder en la Subdelegación del Gobierno de León un total de veinte solicitudes de autorización de trabajo y residencia inicial a favor de extranjeros marroquíes interesados en entrar en España. De estas, quince fueron para las ofertas presentadas por la empresa de Marta, y las cinco restantes para las presentadas por la empresa de Carlos.

Al llegar a España, los extranjeros trataron sin éxito de ponerse en contacto con la empresa ofertante para acceder al puesto de trabajo por el que habían pagado una gran suma de dinero. Fue entonces cuando descubrieron que esta en realidad era falsa. De esta forma, los inmigrantes quedaron indefensos en un país ajeno al suyo, debiendo buscar por sus propios medios otra ocupación con la que sobrevivir. La mayoría fueron dados de alta en la Seguridad Social por parte de otras empresas en provincias distintas.

Entre los extranjeros que llegaron a España convencidos de la oferta laboral ficticia, se encontraba el marroquí Hamid Meznie. Hamid, al igual que sus otros compatriotas, se vio obligado a buscar otro trabajo, el cual finalmente encontró en la granja “FINCA RAM REZ, S.L.U.”. Esta sociedad, situada en Zaragoza y dedicada al sector agropecuario, le ofreció un puesto como ganadero. El titular y

administrador único de “FINCA RAM REZ, S.L.U.”, Antonio Ramírez, de nacionalidad española, contrata a Hamid el 1 de septiembre de 2020 a jornada completa, a cambio de un salario de 800€ al mes. Posteriormente, este contrato se convirtió en indefinido.

Antonio únicamente tenía como empleado a Hamid, quien aceptó trabajar sin el preceptivo descanso semanal ya que, debido a su condición de inmigrante, desconocía el idioma, carecía de recursos económicos, y tenía grandes dificultades para encontrar otro trabajo, por su bajo nivel formativo. No obstante, se le concedían 30 días de vacaciones al año, y Antonio le permitía alojarse en la paridera, sin cobrarle por ello cantidad alguna. Sin embargo, este lugar carecía de las condiciones exigibles de salubridad y habitabilidad, no disponiendo de agua corriente, de sanitarios, ni de cocina.

El 15 de enero de 2021 se realizó una inspección de trabajo. Durante la visita, la inspectora de trabajo levantó un acta por infracción grave en materia de riesgos laborales, por la ausencia de condiciones de higiene y limpieza en el lugar de trabajo, por falta de evaluación de riesgos laborales y falta de evaluación de la salud de los trabajadores con propuesta de sanción económica en grado medio. También levantó otra acta en materia de relaciones laborales con propuesta de sanción máxima, por no respetar los descansos semanales.

Finalmente, el 1 de enero de 2022 fue despedido por formalización de un ERE.

### III. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se presenta un supuesto de hecho caracterizado por su multiplicidad, al estar presentes las diferentes ramas del Derecho, como son, el Derecho Penal, el Derecho Civil o el Derecho Administrativo, entre otras. No obstante, si bien, a lo largo del trabajo se tratan estas diferentes ramas del Derecho, una de ellas cobra una destacada importancia, como es, el Derecho Penal.

En tanto que se responden a las cuestiones del presente trabajo se puede observar como la jurisprudencia y la doctrina jurídica cobran una destacada importancia. Esto es, debido a la relevancia de la jurisprudencia, ya que se encarga de complementar a las fuentes del derecho. Mientras que, por otro lado, se puede apreciar la gran influencia de la doctrina en lo que se refiere a la interpretación, análisis y estudio de las diferentes leyes existentes en el Ordenamiento Jurídico español.

Finalmente, considero en relación con el supuesto de hecho, la destacada relevancia que tienen tanto en el presente trabajo como en el Ordenamiento Jurídico español, los principales ejes temáticos del caso, siendo el favorecimiento de la inmigración ilegal en relación con las ofertas falsas de empleo, las estafas y la autorización inicial de trabajo y residencia.

## IV. DESARROLLO DE CUESTIONES;

1. Analice y califique penalmente los hechos llevados a cabo por Carlos Basalo, Isak M ndez y Marta Canuria. ¿Concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal? ¿La conducta enjuiciada podrá constituir simultáneamente una infracción administrativa?

1.1. Carlos Basalo era dueño y administrador único de la mercantil ``Constructoras Basalo S.L.U``. Durante el año 2020, el propio Carlos Basalo se dedicó a elaborar ofertas falsas de empleo en nombre de su empresa para ciudadanos marroquíes. Se presentaban las ofertas de trabajo ficticias ante la Subdelegación del Gobierno de León para obtener así fraudulentamente autorización de trabajo y residencia inicial a favor de los ciudadanos extranjeros marroquíes y regular de esta manera la situación de los inmigrantes. La conducta de Carlos Basalo encaja en diferentes artículos del Código Penal, tal y como expondré a continuación. En primer lugar, la conducta de Carlos Basalo encaja en lo previsto en el artículo 318 bis del Código Penal, el citado precepto establece;

*1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*

*Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.*

*Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.*

*2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*

*3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.*

*b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.*

*4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

*6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.*

Este precepto es el único de este Título, que lleva por rúbrica ``delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros''. Es indudable que protege también el control del Estado sobre los flujos migratorios pero su ubicación sistemática no permite prescindir de la consideración de bien jurídico protegido legalmente destacado, que son los derechos de los ciudadanos extranjeros. La mención a la víctima del delito que se hace en la norma refuerza este criterio, pues no podría hablarse de víctima en conductas que solo afectasen al interés estatal por reforzar la afectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería. En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, visados obtenidos mediante falsas alegaciones o cartas de invitación falsas, entre otros. De este modo, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder solo administrativamente. Para la doctrina, aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no se hace necesario que la actividad afecte a más de una persona. (Juanes Peces Ángel, 2019) páginas 910,911 y 912.

De este modo, la conducta de Carlos Basalo encaja plenamente en el apartado primero del citado precepto<sup>1</sup> y además la pena se deberá imponer en su mitad superior, tal y como se desprende del párrafo tercero del apartado uno, ya que el mismo tiene ánimo de lucrarse con la falsa contratación de los ciudadanos marroquíes a los cuales les pide la cantidad de 10.000 euros por la oferta de empleo. Esto se recoge según la nueva redacción por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Para apreciar esta circunstancia, es suficiente con que se haya concertado el pago del precio aunque no se haya hecho efectivo, tal y como establece el TS en su Auto número 311/2015 de 26 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1785A)

En relación con tal delito, la STS 646/2015 de 20 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4501) establece; *el artículo 318.bis hasta la Ley Orgánica 1/2015 sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de tráfico ilegal o inmigración clandestina desde, en tránsito o con destino a España o países de la UE. No obstante, tras la reforma el comportamiento típico consiste en ayudar intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada. Tal y como sucede en el presente caso, ya que Marruecos no es un país que forme parte de la Unión Europea y, por otro lado, Carlos Basalo ayuda intencionadamente a los ciudadanos marroquíes a entrar en España vulnerando la legislación sobre entrada, a través de ofertas falsas de empleo.*

Debido a la similitud entre el presente artículo 318 bis del CP, el 312 CP y el 313 CP es necesario dejar clara la diferencia. El artículo 312 CP establece lo siguiente; *1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. 2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios*

---

<sup>1</sup> Ayudar a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la UE a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros.

*colectivos o contrato individual*. Por su parte, el 313 CP recoge; *el que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior*. En la STS 656/2017 (ECLI:ES:TS:2017:3565) el Tribunal Supremo expuso la diferencia existente entre los tres preceptos anteriores. La conclusión a la cual llegó el tribunal es que, si bien los derechos de los trabajadores quedan protegidos por esos dos tipos delictivos, los derechos de los ciudadanos extranjeros se contemplan en el artículo 318 bis. El tribunal continúa indicando que no deben ser confundidos o equiparados el tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 con el tráfico ilegal de personas que aparece en el artículo 318 bis, aunque la expresión sea coincidente. El primer precepto, se refiere a la cesión de trabajadores o a la colocación ilegal de los mismos y esta dirigido a proteger los derechos de los trabajadores como tales, mientras que el 318 bis está orientado a proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros en cuanto a personas, especialmente los referidos a su dignidad, libertad y seguridad. El tribunal concluye indicando que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, objeto de la infracción. Por lo expuesto se puede afirmar sin lugar a dudas que la conducta de Carlos Basalo encaja en lo previsto en el artículo 318 bis ya que atenta contra la libertad y seguridad de los ciudadanos marroquíes, en ningún momento su finalidad es la cesión ilegal a otra empresa, sino lucrarse a través del favorecimiento de la inmigración ilegal.

Hay que tener en cuenta que Carlos Basalo es administrador único de una sociedad limitada unipersonal (SLU), una de las formas en las cuales se puede constituir una sociedad en España, entre las más comunes en nuestro país, recogidas en la Ley de Sociedades de Capital son la sociedad limitada, la sociedad anónima, que esta pensada para grandes empresas y la sociedad colectiva. Cualquiera que fuese la forma adoptada por Carlos Basalo para su empresa, encajaría en el apartado 5 del artículo 318 bis<sup>2</sup>, que hace referencia a las personas jurídicas. Es por ello que independientemente de la forma social adoptada, en este caso, SLU, Carlos Basalo tendría que enfrentarse a una pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Para determinar la responsabilidad de la persona jurídica en el artículo 318 tal y como se establece por parte de un sector doctrinal; La atribución, a la persona jurídica, del hecho previsto en el art. 318 CP solo puede hacerse desde los presupuestos y fundamentos que rigen la responsabilidad penal de la persona jurídica; por ejemplo, en el caso del delito contra la seguridad de los trabajadores, que el obligado por las normas de prevención de riesgos sea alguno de los sujetos a que se refiere en el art. 31bis, y que infrinja la norma laboral actuando por cuenta de la sociedad y en beneficio (directo o indirecto) de la misma. Si ello es así, deberíamos permitir que la persona jurídica sea parte en el procedimiento y se le permita, al menos, poder ser oída sobre los extremos que han dado lugar a la atribución del hecho delictivo, teniendo en cuenta que, aun cuando no se le vaya a imputar, esta atribución puede generar un daño a la entidad, aun cuando sea en términos de reputación. Por este motivo, entiendo que sería conveniente la citación al proceso de un responsable especialmente designado, en los términos previstos en el artículo 119 LECrim, pues se trataría de una situación equiparable a una imputación de hechos a la persona jurídica, a la que se llega, precisamente, como consecuencia de una inferencia idéntica a la que se realizaría conforme al artículo 31bis CP, para la imputación de una persona jurídica, con la única diferencia que no se deriva de la misma una pena. (Gadea Francés Joaquín Elías, 2022).

Otro delito que encaja en la conducta llevada a cabo por Carlos Basalo es el recogido en el artículo 248 del Código Penal y que hace referencia a la estafa. El citado precepto establece; *1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.*

*2. También se consideran reos de estafa:*

---

<sup>2</sup> Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido.

a) *Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.*

b) *Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.*

c) *Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.*

Los elementos del delito de estafa de estafa son seis; en primer lugar, debe existir un engaño, tal y como sucede en el presente caso, Carlos Basalo les indica a los inmigrantes marroquíes que trabajaran en España algo que realmente no se producirá ya que los inmigrantes marroquíes no ocuparan de manera efectiva ningún puesto de trabajo. En segundo lugar, el engaño ha de ser bastante, ello es, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial. De este modo, Carlos Basalo les indica a los inmigrantes que la tramitación correcta para acceder a España es a través del pago de 10.000 euros, por lo que se produce un engaño que cumple los requisitos exigidos, teniendo en cuenta el desconocimiento del proceso legal que es preciso seguir para entrar en España por parte de los extranjeros. En tercer lugar, se exige el error esencial del sujeto pasivo, lo que implica un desconocimiento o conocimiento inexacto de la realidad por parte de la víctima, tal y como sucede en el presente caso y como expuse anteriormente, en donde los marroquíes desconocen cual es el procedimiento legal para acceder a España. En cuarto lugar, debe haber un acto de disposición patrimonial con el consiguiente perjuicio para el disponente, es decir, el daño patrimonial será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado. De acuerdo con el cuarto elemento del delito, se cumple el acto de disposición patrimonial ya que los inmigrantes pagan 10.000 euros por la oferta de trabajo y ese perjuicio que se causa a los inmigrantes es una consecuencia del error. El quinto elemento es que exista ánimo de lucro, en este caso la finalidad de Carlos Basalo es lucrarse a partir de esos 10.000 euros por lo que también se cumple este elemento del delito. El sexto y último elemento del delito es que exista un nexo causal entre el engaño y el perjuicio, cumpliéndose en este caso este elemento del delito ya que es a través de un engaño lo que incita a los inmigrantes al pago de 10.000 euros motivados por la necesidad de obtener un empleo en territorio español. (Rodríguez Ramos Luís, Martínez Guerra Amparo, 2009) páginas 814 a 816.

Una vez analizados y cumplidos los elementos que se requieren para que el delito de estafa se consume, es necesario destacar el apartado 5 y 6 del artículo 250 del CP. El artículo 250.5 establece *el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas*. De este modo nos encontramos ante un tipo agravado de estafa ya que, si por cada oferta Carlos Basalo solicitaba 10.000 euros y se realizaron 20 ofertas, la cantidad total que a priori ha estafado Carlos Barlos asciende a 200.000 mil euros, por lo que su conducta encaja en el presente precepto. Por otro lado, el artículo 250.6 establece *el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional*. Considero que la conducta de Carlos Basalo también encaja en el presente precepto ya que, partiendo de la base del desconocimiento de los inmigrantes, Carlos es administrador único de una SLU, por lo que aprovechándose de su condición envía dichas ofertas de trabajo a los inmigrantes con apariencia de legalidad.

Asimismo, es importante destacar el artículo 28 del CP, este precepto establece; *Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*

*También serán considerados autores:*

a) *Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*

b) *Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

De este modo, podemos concluir que Carlos Basalo comete los delitos expuestos anteriormente por medio de otra persona de la cual se sirve de instrumento, Isak Méndez, del cual hablaré a continuación. Es por ello que nos encontramos ante un caso de autoría mediata. Respeto de la autoría mediata es importante destacar que ello no significa que la autoría no sea directa, porque ejecuta hechos absolutamente relevantes que convergen con los de los demás coautores para la consecución del resultado total de la acción, realizando cada uno la aportación que previamente tenían asignada. Tal y como se establece en la STS 772/2009 de 3 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4701) *el autor mediato se caracteriza por su posición dominante, incuestionablemente sentada por la sentencia, que lleva a la conclusión de que el recurrente es el conocido en la terminología penal como el "hombre de atrás" que ordena la comisión del acto falsario y su utilización en el proceso, lo que le convierte en un autor indiscutible e imposible de desligarse de las consecuencias típicas y punibles de la acción.*

Finalmente, podemos concluir afirmando que Carlos Basalo es autor mediato de un delito de estafa agravado y de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal recogidos en el artículo 248, 250.5, 250.6 y 318 bis del CP, respectivamente.

1.2. Isak Mendez era el colaborador de origen marroquí del que disponía Carlos Basalo. Se dedicaba a captar compatriotas marroquíes que estuviesen dispuestos a pagar 10.000 euros por cada oferta de empleo, haciendo creer que la tramitación era la correcta, de este modo, Isak facilitaba a Carlos lo necesario bajo una apariencia de legalidad. La conducta de Isak se encuadra en lo establecido en el artículo 28b<sup>3</sup> del Código Penal. Ya que, sin los actos realizados en territorio marroquí por Isak Mendez no se hubiese producido la ejecución de los delitos. De este modo, al igual que sucede con Carlos Basalo, Isak Mendez es coautor de un delito recogido en el artículo 318 bis del CP relativo al favorecimiento de la inmigración ilegal, así como de un delito de estafa agravado tipificado, con carácter general, en el artículo 248 del CP y agravado en el artículo 250 CP apartados 5 y 6.

El Código Penal define a los autores como aquellos que realizan el hecho, pareciendo optar por la teoría objetivo formal, según la cual sería autor el que ejecuta el verbo típico en cada caso. Sin embargo, no solo se refiere a quien lo realiza por si solo, sino también a quien lo hace conjuntamente y al que lo hace por medio de otro del que se sirve como instrumento. Reconoce así, como modalidades de la autoría, la coautoría (conjuntamente con otros) y la autoría mediata (por medio de otro del que se sirve como instrumento). De esta forma el Código está reconociendo que no solo es autor quien ejecuta el verbo típico, sino que también pueden serlo otros que intervienen en el hecho delictivo sin ejecutarlo. La jurisprudencia sobre la coautoría ha señalado (...) que las aportaciones esenciales realizadas en la fase de preparación darían lugar a una cooperación necesaria, pues desde el momento de la aportación del dominio del hecho corresponde a los ejecutores directos. Serán entonces coautores, o autores con otros, quienes aporten en la fase de ejecución algo esencial, de manera que si lo retiraran la comisión del hecho resultaría imposible. (Juanes Peces Ángel, 2019) páginas 185,186 y 187.

En la STS 77/2020 de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:657) el Tribunal Supremo establece cuales son los requisitos exigidos para apreciar la existencia de la coautoría. El tribunal destaca la existencia de dos elementos, por un lado, el elemento subjetivo y por otro lado el elemento objetivo. Respecto al elemento subjetivo de la coautoría se establece que toda participación en la comisión de un hecho delictivo ha de ser consciente y querida. Por lo que respecta al elemento objetivo de la coautoría, este se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. En este caso Isak Mendez actúa voluntaria y conscientemente con Carlos Basalo y el hecho se comete de manera conjunta. Sobre esta base, han

---

<sup>3</sup> *También son considerados autores los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

sido diversas las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. En primer lugar, la teoría de ‘acuerdo previo’, según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación. En segundo lugar, una de las teorías más aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, la teoría del ‘dominio del hecho’ (en cuanto posibilidad de interrumpir la voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Es decir, ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta del hecho, y en esa decisión conjunta del hecho aparecen conectadas las distintas tareas en las que se divide la realización del hecho. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de imputación recíproca de las distintas contribuciones causales.

De esta manera, se puede concluir que Isak Mendez es coautor de un delito de estafa agravado por un lado, y por otro lado de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal.

1.3. Marta Canuria es de nacionalidad española y residente en León. Marta es dueña y administradora única de LIMPIEZA A LA CARTA, S.L.U. con domicilio social en León. La empresa de la cual Marta Canuria es dueña y administradora única dispone únicamente de tres trabajadores en la plantilla siendo el volumen de trabajo muy bajo. Marta Canuria inició una relación sentimental con Carlos Basalo, y a raíz de ello, Carlos le pidió si podría presentar ofertas de trabajo falsas a ciudadanos extranjeros en nombre de la empresa de Marta, LIMPIEZA A LA CARTA, S.L.U. ya que Carlos le hizo creer que necesitaba a esos trabajadores para un proyecto de la empresa. Para analizar penalmente la conducta de Marta es necesario apoyarse en 3 artículos del Código Penal; el artículo 28<sup>4</sup> del CP, El artículo 29 CP que establece; *son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*. Y el artículo 27 en virtud del cual se considera criminalmente responsables de los delitos tanto a los autores como a los cómplices.

La complicidad es una forma de participación, por lo que es necesario que exista un hecho delictivo cometido por otro u otros, al cual se realiza alguna aportación relevante pero no esencial. La doctrina ha entendido generalmente que la complicidad supone una aportación a la ejecución del hecho que, sin ser imprescindible, ha de ser de alguna forma relevante, de manera que suponga un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado. Esta aportación puede ser anterior o simultánea a la ejecución del hecho. (Juanes Peces Ángel, 2019) página 196.

Por lo tanto, tras analizar los preceptos expuestos se puede afirmar que Marta Canuria es cómplice ya que coopera, con conocimiento, con Carlos Basalo. En este caso, la colaboración de Marta no es fundamental para llevar a cabo el delito ya que considero que el propio Carlos Basalo podría presentar las ofertas de trabajo en nombre de su empresa, de modo que, si la relación sentimental con Marta Canuria no hubiese seguido su curso, sería él, a través de su empresa, el que hubiese presentado las ofertas de empleo. Así se recoge en la STS 210/2007 de 15 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1480), en virtud de la cual se exige en la configuración de la complicidad la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, que ello nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que sin embargo, deben constituir una aportación de alguna relevancia para su éxito. Por otro lado, en la STS 518/2010 de 17 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2788), se define la complicidad

---

<sup>4</sup> *Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores; los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

en los siguientes términos; *existe un segundo nivel de colaboración definida en el artículo 29 del CP por oposición al concepto de autor. Es cómplice quien colabora, pero no es autor y por tanto no ejecuta el hecho típico antijurídico, sino que ha puesto una colaboración prescindible para la realización de aquel. Es un facilitador de la acción de los autores con quien comparte el dolo porque su acción denota el conocimiento de la finalidad delictiva y presta su colaboración y su propio aporte.* En la STS 544/2009 de 20 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3355), se define al cómplice como un auxiliar eficaz de los planes y actos del ejecutor material, que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a ellos anima y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en la cual están todos involucrados, continúa el tribunal afirmando que se distingue de la coautoría en la carencia de dominio funcional del hecho.

La complicidad se trata de una cooperación no necesaria que requiere la existencia de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. Subjetivamente ha de haber un concierto de voluntades o un previo acuerdo (*pactum scaeleris*) junto con la conciencia de la antijuridicidad del hecho y voluntad de participar. Objetivamente se precisa la aportación de actos de carácter auxiliar. (Rodríguez Ramos Luís, Martínez Guerra Amparo, 2009) p. 238 y 239.

Tal y como expuse con anterioridad, en este caso, Marta Canuria es conocedora de que a través de su empresa se están enviando ofertas falsas de empleo, por lo que es consciente de que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico y aun así lo consiente. No obstante, es desconocedora de que Carlos Basalo solicita 10.000 euros a cada marroquí para lucrarse y que Isak Méndez recibirá 2000 euros por ayudar a Carlos Basalo al favorecimiento de la inmigración. Es por ello que el hecho de que Marta envié las ofertas falsas de empleo es una colaboración no esencial, ya que, en defecto de esas ofertas, Carlos podría enviarlas a nombre de su propia empresa. Asimismo, Carlos Basalo hace creer a Marta que los trabajadores son para un proyecto de empresa, por lo que el aporte que realiza Marta lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución.

#### 1.4 ¿Concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal?

Con carácter general, establecer una definición sobre que son las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es tarea compleja ya que no contamos con la uniformidad ni de la doctrina ni de la jurisprudencia respecto al tema. No obstante, podríamos hablar de hechos de carácter accidental que modifican, que producen, efectos jurídicos sobre la responsabilidad penal.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se encuentran reguladas en los artículos 21, 22 y 23 del CP. En el artículo 21 se regulan las atenuantes, que suponen una reducción de la pena, en el 22 las agravantes, que suponen un aumento de la pena y en el 23 la circunstancia mixta de parentesco, que puede agravar o atenuar la pena.

Comenzando con las circunstancias atenuantes, reguladas tal y como comenté con anterioridad en el artículo 21 del CP, son siete. En primer lugar, eximentes incompletas, que son 7 (alteración o anomalía psíquica, consumo de alcohol o drogas, trastorno mental transitorio, legítima defensa, estado de necesidad, miedo insuperable y ejercicio legítimo de un derecho). En segundo lugar, el 21.2 menciona que será una circunstancia atenuante el consumo de drogas, alcohol u otras sustancias que produzcan efectos análogos. En el 21.3 se recoge como circunstancia atenuante actuar a causa de un estímulo tan poderoso que hayan producido arrebatos u obcecación. El 21.4 regula la atenuante de confesión, consistente en haber procedido el culpable, a confesar la infracción que ha cometido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. En el artículo 21.5 se recoge la atenuante de reparar el daño causado. En penúltimo lugar, el artículo 21.6 en donde se establece la atenuante de dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculcado. Finalmente, el 21.7 en donde se recoge la atenuante analógica, ello es, cualquier otra circunstancia de análoga significación a las expuestas anteriormente.

Por lo que respecta al artículo 22 del CP, son ocho las circunstancias agravantes. En el 22.1 se habla de ejecutar el hecho con alevosía, es decir, cuando el que comete cualquiera de los delitos contra las personas emplea en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. En segundo lugar, el 22.2 establece que será una circunstancia agravante, ejecutar el hecho mediante disfraz, abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo y auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente. La tercera agravante, recogida en el 22.3, hace referencia a ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa. El 22.4 establece que será una circunstancia agravante cometer el delito por motivos racistas, discriminación y de género. El 22.5 recoge el agravante por ensañamiento, es decir, aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima. El 22.6 agrava la pena por obrar con abuso de confianza. El 22.7 prevalerse del carácter público del culpable. Finalmente, el 22.8 establece la agravante por reincidencia.

La circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal recogida en el artículo 23 del CP es la circunstancia mixta de parentesco. Esta circunstancia puede tanto agravar como atenuar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor, de su cónyuge o conviviente.

Tras realizar una breve exposición de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal existentes en nuestro ordenamiento jurídico, procederé a continuación a determinar cuales se encuentran presentes en el caso.

Tras analizar el artículo 21 del CP, en donde se regulan las circunstancias atenuantes, puedo concluir afirmando que no se encuentra presente ninguna en este caso. Por otro lado, en el caso de las circunstancias agravantes, recogidas en el artículo 22 del CP puede observarse que tampoco se aplica ninguna en el presente caso.<sup>5</sup>

1.5 ¿La conducta enjuiciada podrá constituir simultáneamente una infracción administrativa?

Una infracción administrativa consiste en una acción u omisión culpable para la cual el ordenamiento jurídico prevé la imposición de una sanción administrativa.

En primer lugar, es importante destacar la LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social). En su artículo 15.5 se establece lo siguiente; *son infracciones graves la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente.* Esta conducta, a tenor del artículo 40.1b, será castigada con una multa.<sup>6</sup>

En segundo lugar, el artículo 54 de la LO sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, recoge en su apartado b; *son infracciones muy graves inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.* En este caso, la propia ley ya excluye la

---

<sup>5</sup> El delito de estafa ya se encuentra agravado en virtud del artículo 250 apartados 5º y 6º del CP.

<sup>6</sup> Multa en su grado mínimo de 751 a 1500 euros, en su grado medio de 1501 a 3750 euros y en su grado máximo de 3751 a 7500 euros.

posibilidad de que coexistan la acción penal y la administrativa, siempre que el hecho constituya delito.

La doctrina ha advertido que de una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien acceder en unas determinadas condiciones (por ejemplo, fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa. Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal. (Juanes Peces Ángel, 2019) páginas 911 y 912. De este modo, se puede apreciar como la doctrina excluye la posibilidad de que coexistan la acción penal y la administrativa. Tal y como sucede en el presente caso y se expuso con anterioridad, se comete un delito recogido en el artículo 318 bis y 248 del CP (agravado por el artículo 250 apartados 5 y 6), por lo que no tendría cabida en este caso, la acción administrativa.

Por otro lado, es de trascendental importancia lo que recoge la STS 656/2017 de 5 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3565) en relación con la presente cuestión. El tribunal indica que *la recepción de la voluntad de la UE (Directiva 2002/90/CE y 2008/115/CE) no puede hacer idénticas la respuesta administrativa y la respuesta penal. Este deslinde de la infracción administrativa respecto de la delictiva, aparece así no en el CP pero sí en la legislación administrativa, como el caso del artículo 54 1, b, c o f.*

Para concluir, en este caso, recalcar lo expuesto en el sentido que si una acción u omisión es constitutiva de delito no será susceptible de aplicarse simultáneamente la acción penal con la administrativa.

2. Teniendo en cuenta las circunstancias en las que se desarrollan los hechos cometidos por Carlos Basalo, Isak M ndez y Marta Canuria, ¿a qu Juzgado le corresponde la competencia territorial? ¿A qu Juzgado le corresponder a la competencia territorial si se hubieran gestionado las solicitudes de autorizaci n inicial de trabajo y residencia ante la Subdelegaci n del Gobierno de Valladolid? ¿Qui nes tienen legitimaci n para ser parte en el proceso? ¿Qu tipo de procedimiento habr a que seguir?

Los Tribunales, en el ordenamiento jurídico español, tienen atribuido el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el territorio del Estado, distinguiéndose diferentes órganos judiciales en función de su competencia. Así el artículo 117.3 de la Constitución Española recoge; *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”* de este modo, la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico español, atribuye únicamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales. En España, la demarcación de la planta judicial <sup>7</sup> se regula en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el presente cuerpo legal, se establece en el artículo 2.2 que *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales”* al igual que sucede en la CE, la LOPJ atribuye la potestad jurisdiccional a Juzgados y Tribunales. La jurisdicción ordinaria se divide en 4 órdenes jurisdiccionales; civil, penal, contencioso administrativo y laboral. En el presente caso, nos encontramos ante el orden jurisdiccional penal por lo que resulta de aplicación, por un lado, el artículo 9.3 de la LOPJ en virtud del cual *“los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con*

---

<sup>7</sup> Estructura de la organización judicial de un Estado a través de la definición del número de sus juzgados y tribunales, su tipo y su distribución en el territorio.

*excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar*'' y, por el otro lado, el artículo 44 del mismo cuerpo legal, en donde se recoge el carácter siempre preferente de la jurisdicción penal respecto de los otros tres órdenes jurisdiccionales.

La jurisdicción penal se encuentra regulada en el artículo 23 de la LOPJ, debido a la densidad del citado artículo, considero relevante destacar el apartado primero, en donde se establece, con carácter general, que los Juzgados y Tribunales del orden penal conocerán *''las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte*'' . No obstante, existen excepciones a esta regla general que se encuentran reguladas en el presente precepto y se pueden relacionar con una serie de principios;

- En virtud del principio de personalidad o nacionalidad, la Jurisdicción penal se extiende al acontecimiento de los hechos tipificados como delito por la ley española cometidos fuera del territorio del Estado por españoles o por extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión de tales hechos siempre que concurren las tres circunstancias prevenidas en el artículo 23.2 de la LOPJ; a) que el hecho sea punible en el lugar que se cometió, salvo pacto internacional que dispense este requisito, b) que el agraviado o MF denuncien o pongan querrela ante los Tribunales Españoles, c) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, que no haya cumplido condena; si sólo la hubiese cumplido en parte, se le tendrá en cuenta el tiempo cumplido para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

- El 23.3 de la LOPJ introduce el principio real o de protección, conforme al cual la jurisdicción de los Tribunales españoles se extiende a ciertos hechos tipificados como delito por la ley española y especificados por el propio precepto, aunque no concurren dichos puntos de conexión (nacionalidad y territorialidad). Se trata de delitos que afectan gravemente a los intereses del Estado (contra la Corona, falsificación de moneda, rebelión, sedición, entre otros).

- Finalmente, se ha rechazado la aplicación del principio de justicia universal, al ceñir los delitos de los que podrían conocer los tribunales españoles a la existencia de determinados puntos de conexión; que sus presuntos responsables se encuentren en España o que existan víctimas de nacionalidad española o se constate algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles, tal y como establece el 23.4 de la LOPJ.

Los criterios anteriormente expuestos no resultan suficientes para esclarecer la extensión y los límites de la jurisdicción penal. Porque aun cabe que conductas objetiva y territorialmente encuadrables en su ámbito de conocimiento queden sustraídas del mismo *ratio personae*<sup>8</sup>. A modo ejemplificativo podemos destacar en este punto, entre otros, al Rey, Diputados, Senadores, Defensor del Pueblo o Magistrados del Tribunal Constitucional. (Armenta Deu Teresa, 2010) páginas 62-63-64.

El ejercicio de la jurisdicción penal le corresponde; Sala Segunda del TS, Sala de lo Penal de la AN, Salas de lo Civil y de lo Penal de los TSJ de las respectivas Comunidades Autónomas, AP, Juzgados Centrales de lo Penal, Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados de lo Penal, Juzgados de Instrucción, Juzgados de Violencia sobre la mujer, Juzgados de menores, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Juzgados de Paz, cada uno de ellos con sus correspondientes competencias.

Es destacable el hecho de que la falta de Jurisdicción provoca la nulidad de pleno derecho de las actuaciones tal y como establece el artículo 238.1 de la LOPJ. Permitiendo, por un lado, que los Jueces y Tribunales examinen su propia Jurisdicción pudiendo declarar la nulidad del proceso y, por otro lado, permitirá a las partes interponer aquellos recursos que recoja la ley para pedir la nulidad de la resolución dictada por Jueces o Tribunales sin jurisdicción.

---

<sup>8</sup> Es decir, por el hecho de desempeñar la persona a la que hubiere de imputarse el delito ciertos cargos o ejercer determinadas funciones públicas.

Una vez determinado que el conocimiento de cierto asunto, como sucede en el presente caso, viene atribuido a la jurisdicción penal<sup>9</sup>, resta aún un largo camino hasta la concreción definitiva del juzgador que haya de ocuparse del asunto. Es por ello que resulta necesario hacer referencia en este punto a la competencia. Se puede definir la competencia como aquella atribución de potestades a un determinado órgano jurisdiccional para tramitar y resolver un litigio con exclusión de otros tribunales. Dentro del orden jurisdiccional penal, existen, tal y como se ha expuesto con anterioridad una considerable variedad de órganos, por lo que, para determinar el órgano competente será necesario realizar un estudio sobre la competencia objetiva, la competencia funcional y finalmente de la competencia territorial.

Por lo que respecta a la competencia objetiva, determina a que clase de órgano judicial, de entre los citados anteriormente le corresponde la atribución de potestades para resolver el litigio. Se utilizan tres criterios diferentes por el siguiente orden; la competencia objetiva por razón de la persona (determinadas personas deben ser falladas por determinados órganos judiciales, es lo que se conoce como aforamiento), la competencia objetiva por razón de la materia (en función de las competencias que la ley otorgue a cada órgano) y la competencia objetiva por razón de la pena (criterio ordinario, en función de la mayor o menor gravedad del ilícito penal).

Por lo que respecta a la competencia funcional, es aquella para conocer de cada fase del procedimiento, esto es, en primera instancia, quién conoce de cada una de las fases, en las siguientes instancias que órganos son los competentes para conocer de cada uno de los recursos que se interpongan y finalmente quien es el encargado de la ejecución de la sentencia firme. Todo ello se determinará en atención a la competencia objetiva.

Por lo que respecta a la competencia territorial, esta permite determinar a qué órgano judicial, de entre los de la misma clase, corresponde conocer de un concreto asunto penal, es decir, de entre todos los Juzgados de lo Penal del territorio nacional, cual será el competente para conocer del litigio. La LECrim ha establecido las siguientes reglas para determinar la competencia territorial; como regla general el artículo 14.2 a 14.4 de la LECrim, lo que se conoce como *forum commissi delicti*, esto es, competencia del juzgado del lugar de comisión del hecho<sup>10</sup>. En caso de delitos de violencia de género, será competente el Juez de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima, tal y como establece el artículo 15 bis de la LECrim. Si después de aplicar estos dos foros ordinarios, resulta imposible determinar el lugar de comisión del delito, el artículo 15.1 de la LECrim prevé cuatro foros de competencia subsidiarios por el siguiente orden;

- el Juez del partido en el que se hayan descubierto pruebas materiales del delito;
- el Juez del partido en el que el presunto reo haya sido aprehendido;
- el de la residencia del presunto reo;
- cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

(Armenta Deu Teresa, 2010) páginas 69,70,71.

Las reglas sobre asignación de competencia objetiva y territorial expuestas anteriormente pueden experimentar cambios cuando el delito que se pretende enjuiciar guarde cierto grado de conexión con otros<sup>11</sup>, esto es lo que se conoce como delitos conexos. Si bien, con carácter general, cada delito dará lugar a la formación de una única causa, el artículo 17.2 de la LECrim establece; *A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos:*

*1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.*

*2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.*

*3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.*

---

<sup>9</sup> Un aspecto importante de la Jurisdicción penal tal y como se desprende del artículo 9.6 de la LOPJ es que esta es improrrogable, esto es, que no cabe sobre ella ningún genero de sumisión tácita o expresa, y que su defecto podrá ser apreciado de oficio por los tribunales en cualquier fase del proceso.

<sup>10</sup> El TS entiende la consumación en términos amplios y señala que se produce cuando habida cuenta la estructura típica de cada figura delictiva, se han de entender realizados los actos ejecutivos del delito o elementos objetivos y subjetivos integradores de la misma. (ECLI:ES:TS:1981:134A / 134/1981 20 de enero de 1981).

<sup>11</sup> En este caso, recordar, que estamos enjuiciando dos delitos, el recogido en el 318 bis del CP relativo al favorecimiento de la inmigración ilegal y el recogido en el artículo 248 CP, la estafa, agravada en virtud del artículo 250.5 y 250.6

4.º *Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.*

5.º *Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.*

6.º *Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.*

Tales criterios de conexión se pueden agrupar en tres categorías;

- a) Conexión subjetiva; dentro de este apartado podemos encajar el artículo 17.2.1º y el 17.2.2º de LECrim. Por lo que respecta al 17.2.1º se trata de acumular en un solo proceso los delitos que cometen diversos sujetos en una unidad de acto, como por ejemplo en el atraco a un banco. Respecto al 17.2.2º, se diferencia del apartado anterior en el criterio del lugar y tiempo de comisión que, en este caso, no coinciden, siendo el dato relevante el acuerdo de diversos sujetos para cometer uno o varios delitos.
- b) Conexión objetiva; dentro de este apartado podemos encajar el 17.2.3º y el 17.2.4º de la LECrim. Por lo que respecta al 17.2.3º, las conductas han de ser enjuiciadas en un único proceso por razones obvias de interrelación entre ellas. Respecto al 17.2.4º los argumentos para que las conductas se enjuicien en un único proceso son las mismas que para el anterior apartado, además, es posible hallarse ante figuras penales, como el concurso ideal, que comporta una penalidad especial.
- c) Conexión mixta; dentro de este apartado se incluiría el 17.3 de la LECrim; *los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.* Constituye este supuesto de conexión un caso basado en razones de economía procesal y de retraso en el enjuiciamiento de delincuentes habituales.  
(Asencio Mellado Jose María, 2012). Páginas 47,48 y 49.

La existencia de delitos conexos supone alteraciones en las normas de atribución de la competencia territorial. Estas alteraciones se encuentran recogidas en el artículo 18.1 de la LECrim, en virtud del cual; *Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos:*

1.º *El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.* 2.º *El que primero comencare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena.*

3.º *El que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo, o no conste cuál comenzó primero.*

Una vez determinados los aspectos transcendentales sobre la jurisdicción, la competencia y la conexidad procederé a responder a las presentes cuestiones.

## 2.1 ¿A qué juzgado le correspondería la competencia territorial?

Para responder a la presente cuestión es preciso echar mano de la explicación expuesta anteriormente. De este modo, con carácter general para determinar la competencia territorial se recurre al foro *comisi delicti*, en virtud del cual, el Juez competente será el del lugar en donde se cometió el delito. En defecto de este, se aplicarían los foros subsidiarios del artículo 15 de la LECrim. No obstante, en el presente caso nos encontramos con dos delitos, un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal recogido en el artículo 318 bis del CP y un delito de estafa agravado del artículo 250.5 y 250.6 del CP, por lo que es necesario hacer referencia a la conexidad. Para tratar la conexidad es preciso acudir a la STS 2403/2018 de 31 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2403) en donde se define la conexidad del siguiente modo; *la conexidad es una herramienta procesal que puede definirse como el vínculo que presentan dos o más delitos que determina que, en virtud de las circunstancias subjetivas u objetivas de la ley, pueden ser juzgados en la misma causa, siempre que resulte conveniente por razones materiales y procesales.* En la STS 177/2019 de 30 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:177) se establece; *las reglas de conexidad procesal están al servicio de un enjuiciamiento más ágil y conveniente, orientado a evitar que hechos de similar naturaleza puedan*

*tener como desenlace pronunciamientos contradictorios (...). El artículo 17 de la LECrim establece unos criterios de conexidad para la investigación y enjuiciamiento conjuntos de delitos conexos, pero estas reglas deben entenderse con la necesaria flexibilidad, hasta el punto que la doctrina de esta Sala reconoció la distinción entre conexidad necesaria y conexidad por razones de economía procesal. Esa flexibilidad en la aplicación de la conexidad ha originado que en algunos pronunciamientos de esta Sala se haya afirmado, por ejemplo, que ninguna irregularidad procesal puede derivarse del enjuiciamiento separado de hechos conexos y que solo debe evitarse la separación cuando esta produzca efectos sustantivos no corregibles por la vía del 988 LECrim. Por lo expuesto, considero que en el presente caso resulta de aplicación el artículo 17.2.3º<sup>12</sup>. En este caso se cometen dos delitos, los expuestos con anterioridad, y además existe el concierto al cual se hace referencia en el presente artículo ya que para el delito de estafa cometido por Carlos Basalo e Isak Mendez puede observarse en la sucesiva utilización de la documentación (datos y pasaporte) de los extranjeros, así como de la dinámica delictiva de ambos, la existencia de indicios de un concierto.*

Al admitir, por lo tanto, la existencia de la conexidad, la regla general del foro *comisi delicti* quedaría reemplazada por lo que establece el artículo 18.1 de la LECrim. Siguiendo lo establecido en el presente precepto, en primer lugar, será conocedor el Juez del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada la pena mayor, en defecto de este, el Juez que primero comencare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena y en defecto de este, el Juez de la Audiencia o el del TS, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo o no conste cual empezó primero. Es de transcendental importancia resaltar lo que establece el 18.2 de la LECrim, en virtud del cual; *no obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados en el apartado anterior, el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.*

En este caso, para determinar la competencia territorial resulta de aplicación el artículo 18.1. de la LECrim por el cual la competencia territorial correspondería a los juzgados de primera instancia de León.

2.2 ¿A qué Juzgado le corresponde la competencia territorial si se hubieran gestionado las solicitudes de autorización inicial de trabajo y residencia ante la Subdelegación de Gobierno de Valladolid?

Para responder a la presente cuestión es preciso hacer referencia a la teoría de la ubicuidad, siendo esta una teoría rectora en materia de atribución de competencias. La teoría de la ubicuidad se elaboró en base a un acuerdo adoptado por el Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005. Se trata de una teoría consolidada y que no es en absoluto ajena a los ordenamientos de nuestro entorno, ya que se encuentra recogida, entre otros, en los Código Penales de países como Alemania, Italia, Polonia, Portugal o Suiza, entre otros. STS 128/2008 de 23 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:128). Lo que establece la teoría de la ubicuidad tal y como establece la STS 36/2008 de 31 de enero (ECLI:ES:TS 2008:1027) el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De este modo y siguiendo lo expuesto en la STS 307/2016 de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1839) el delito se comete en todos los lugares en los cuales se haya realizado algún elemento del tipo. En relación con lo expuesto, la STS 985/2011 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:6105) establece; *el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa.* A ello, se preciso añadir lo establecido en la STS 395/2014 de 13 de mayo

---

<sup>12</sup> 17.2.3º LECrim; a los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

(ECLI:ES:TS:2014:2114) en donde se establece; *la asunción del principio de ubicuidad afirma la competencia de los tribunales que estén en mejor disposición para la realización del enjuiciamiento atendiendo a criterios de eficacia, garantías...*

La jurisprudencia expuesta lleva a la conclusión que en función del Juez que haya conocido antes, o el Tribunal que se encuentre en mejor posición para el enjuiciamiento será el encargado del litigio. Por lo que, en este caso, si las autorizaciones se hubiesen presentado en Valladolid, teniendo la sede de la sociedad en León, considero que sería competente tanto los juzgados de instrucción de León como los de Valladolid.

### 2.3 ¿Quiénes tienen legitimación para ser parte en el proceso?

El proceso penal es aquel celebrado ante una autoridad judicial conforme lo establecido en la LECrim, cuya finalidad es enjuiciar determinadas acciones u omisiones a los efectos de determinar si son constitutivas de delito o por el contrario, no lo son. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula el proceso penal español, en donde se distinguen diferentes fases; fase de instrucción, fase intermedia, fase de juicio oral y fase de ejecución.

Con carácter general, existen dos sistemas fundamentales de organizar el proceso penal. El proceso inquisitivo, en donde la intervención del juez se realiza de oficio teniendo poderes de acusación y el proceso acusatorio, el cual exige una acusación realizada por una persona distinta que el juez. El proceso penal español, se rige por sistema acusatorio mixto, en donde nos encontramos con una fase de instrucción (donde prima el proceso inquisitivo) que es realizada por el juez y una segunda fase de enjuiciamiento (donde prima el proceso acusatorio), de la que no puede formar parte el Juez instructor y en donde las partes adquieren relevancia.

Una definición común de parte podría ser aquel o aquellos sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquel o aquellos frente a los cuales se solicita dicha tutela. No obstante, la peculiar naturaleza del ius puniendi provoca serias dificultades de acomodación de dicha definición al proceso penal, ya que se reduciría la condición de parte a la víctima del presunto hecho delictivo y a aquel que aparece como responsable, lo que dejaría fuera del proceso al Ministerio Fiscal o a la acusación particular. Por ello, es necesario reducir el concepto de parte a su aceptación formal de modo que es parte quien actúa en el proceso pidiendo al órgano jurisdiccional una resolución jurisdiccional, quien aporta alegaciones, pruebas y el material, así como quien participa en la contradicción. Atendiendo a esta definición podemos separar, por un lado, las partes acusadoras (MF, acusador popular, acusador particular, acusador privado y actor civil) y por otro lado, las partes acusadas (imputado y responsable civil). (Armenta Deu Teresa, 2010).; páginas 79 y 80.

Una vez establecidas cuales son las partes del proceso, es preciso determinar cuales tienen legitimación. En la STS 713/2007 de 27 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4496) se define legitimación de la siguiente manera; *consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido*. En base a esta definición podemos afirmar la existencia, por un lado, de legitimación activa, siendo esta la que se refiere al autor o al demandante del proceso y, por otro lado, la pasiva, que hace referencia al demandado. De ambas la más importante es la activa ya que su ausencia podría determinar la desestimación de las pretensiones seguidas en el proceso. Asimismo, se pueden diferenciar dos clases de legitimación, la directa, cuando lo acciona el titular y la indirecta, esto es, por sustitución, cuando se ejercita por aquel que no es titular. Esto tiene su fundamento en el artículo 24.1 de la CE en virtud del cual *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*.

En relación con la legitimación y con las partes del proceso es preciso destacar el artículo 102 de la LECrim, en donde se recogen una serie de sujetos que se encuentran limitados para ejercitar la acción penal, estos son; el que no goce de la plenitud de los derechos civiles, el que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas y el Juez o Magistrado. No obstante, los sujetos mencionados anteriormente podrán ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines. Asimismo, el condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrelas calumniosas y el Juez o Magistrado podrán ejercitar también la acción penal por delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal. Por otro lado el 103 de la LECrim establece; *No podrán ejercitar acciones penales entre sí los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia. Y tampoco los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.*

En el presente caso, la legitimación activa corresponde al acusador particular, siendo este; persona física o jurídica que ha sido ofendido por el delito y se constituye en parte activa en el proceso penal. De este modo, el ofendido podría constituirse como parte de dos maneras, bien a través de una querrela tal y como recoge el artículo 270 LECrim; *todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito pueden querrellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querrellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, si no estuvieren comprendidos en el último párrafo del 281.* O bien mostrándose parte en la causa en el procedimiento abreviado, tal y como establece el artículo 761 LECrim. Asimismo, en este caso, la legitimación activa correspondería de igual manera al Ministerio Fiscal, tal y como se desprende del artículo 124.1 de la CE; *El MF, (...) tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.* En relación con el presente precepto resulta necesario aludir a la Ley reguladora del Estatuto Orgánico del MF, en donde es necesario destacar el artículo 3.4; *corresponde al MF ejercitar acciones penales y civiles (...).* Y el artículo 3.5; *corresponde al MF intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos (...).* Por lo expuesto, es preciso concluir afirmando que la legitimación activa corresponde tanto al acusador particular como al MF. En relación con la legitimación pasiva<sup>13</sup> en este caso corresponderá a Isak Mendez, Carlos Basalo y Marta Canuria.

#### 2.4 ¿Qué tipo de procedimiento habría que seguir?

En primer lugar, es necesario aportar una definición de procedimiento, de este modo, se puede definir procedimiento como el sistema utilizado para realizar el ejercicio del *ius puniendi* a través del cual se trata de averiguar la comisión de un hecho delictivo, quien es el autor y quienes son los demás partícipes.

En segundo lugar, en nuestro ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de procedimientos; el procedimiento penal ordinario, que se regula en los artículos 259 a 648 de la LECrim. Este procedimiento se aplica a los delitos graves, esto es, los que contemplan una pena privativa de libertad de más de 9 años. Existe, asimismo, el procedimiento penal abreviado, regulado en el artículo 757 y siguientes de la LECrim, este procedimiento se aplica para enjuiciar aquellos delitos con una pena de prisión inferior a nueve años. En nuestro ordenamiento jurídico se prevé la posibilidad de celebrar

---

<sup>13</sup> Recordar que la legitimación pasiva es aquella que hace referencia al demandado. Carlos Basalo y Marta Canuria son administradores únicos de una Sociedad Limitada Unipersonal cada uno, por lo que, a priori, la sociedad también podría ser demandada.

juicios inmediatos por delitos leves, estableciendo el artículo 13.3 del CP en relación con el artículo 33.4 del mismo cuerpo legal, cuales son delitos leves. En los artículos 795 a 803 de la LECrim se regula el juicio rápido, esto es un tipo de procedimiento que se aplicará en los casos de condenas no mayores a los 5 años. Un procedimiento que genera bastante disidencia es el procedimiento de Jurado, que se aplicará para aquellos delitos<sup>14</sup> previstos en el artículo primero la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Por otro lado, existen en nuestro ordenamiento jurídico los procedimientos penales especiales, procedimientos que se aplican por ejemplo a los actos delictivos cometidos por menores de edad o procedimientos especiales por razón del objeto. Finalmente, se regula la existencia del procedimiento habeas corpus, en donde se persigue la protección del ciudadano ante una detención que puede no ser legal.

Tras las consideraciones anteriores, se puede concluir que el procedimiento que habrá de seguirse en este caso, es el abreviado (757 LECrim); *sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.* En este caso, los dos delitos que se enjuiciarán<sup>15</sup> tienen una pena de prisión inferior a nueve años, por lo que resulta de aplicación el presente artículo 757 de la LECrim y, por lo tanto, el procedimiento abreviado. Con carácter general el procedimiento abreviado permite acortar los plazos del proceso por lo que se agiliza el enjuiciamiento de las conductas.

Este procedimiento se encuentra estructurado en 4 fases distintas. La primera fase es la de instrucción preparatoria "diligencias previas" de naturaleza jurisdiccional, en donde le corresponde al Juez la instrucción, que tiene por objeto practicar o completar en los supuestos en los que haya habido una investigación preliminar, las diligencias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan intervenido y el órgano competente para su enjuiciamiento. La segunda fase es la denominada "preparación del juicio oral" la cual también es desarrollada ante el Juez de Instrucción. Esta fase comienza en el momento en el que el Juez dicta resolución acordando seguir los trámites del procedimiento abreviado y tiene por finalidad la de resolver, tras la oportuna tramitación, sobre la procedencia o no de abrir el juicio oral y en su caso, la fijación del procedimiento adecuado y órgano competente para el posterior enjuiciamiento. La decisión de la apertura o no de juicio oral se adopta después de haberse formulado los correspondientes criterios de acusación. La tercera fase se denomina "del juicio oral y la sentencia" y se desarrolla ante el Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento. En la misma se lleva a cabo la actividad probatoria propiamente dicha, manteniéndose una audiencia preliminar en la que se debaten cuestiones citadas en el 786.2 de la LECrim; (...) *turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto (...).* La cuarta y última fase es la de ejecución que se desarrolla ante el Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento y se desarrolla en el mismo modo que lo previsto en la LECrim para el procedimiento sumario, con las peculiaridades previstas en el 794 de la LECrim; *Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley, observándose las siguientes reglas: 1.ª Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de la sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación. De esta pretensión el Secretario judicial dará traslado a las demás para que, en el plazo común de diez días, pidan por escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se refieran a las bases fijadas en la sentencia. Practicada*

---

<sup>14</sup> Delitos contra las personas, delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, delitos contra el honor y delitos contra la libertad y la seguridad.

<sup>15</sup> 318 bis CP ; favorecimiento de la inmigración ilegal y 248 CP; delito de estafa, agravado (250.5 y 250.6 CP)

la prueba, y oídas las partes por un plazo común de cinco días, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes, la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia respectiva. 2.ª En los casos en que se haya impuesto la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, el Secretario judicial procederá a la inmediata retirada del permiso y licencia habilitante, si tal medida no estuviera ya acordada, dejando unido el documento a los autos y remitirá mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena. (Rodríguez Fernández Ricardo, 2004) Páginas 8,9 y 10.

3. Analice la eficacia legal de la autorización inicial de trabajo y residencia por cuenta ajena obtenida por los inmigrantes marroquíes. ¿Cuáles serían los requisitos legales y el procedimiento a seguir para solicitar la citada autorización?

En nuestro ordenamiento jurídico se distingue, por un lado, la autorización inicial de trabajo y residencia por cuenta ajena, y, por otro lado, la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia<sup>16</sup>. De este modo, el artículo 62 del Reglamento de la LO sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social define la autorización por cuenta ajena de la siguiente manera; *se halla en situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un periodo de tiempo superior a 90 días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena*. Por otro lado, la autorización inicial de trabajo y residencia por cuenta propia se puede definir en los siguientes términos, tal y como establece el artículo 103 del Reglamento de la LO sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social; *se halla en situación de residencia temporal y trabajo por cuenta propia el extranjero mayor de 18 años autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad lucrativa por cuenta propia*. La eficacia legal, de ambas autorizaciones esta supeditada al cumplimiento de unos requisitos y un procedimiento establecido por ley. En este caso, si bien, en un primer momento la autorización presenta una apariencia de legalidad, finalmente se muestra como no se cumple lo que exige la ley para la validez de dicha autorización, tal y como expondré a continuación.

3.1 ¿Cuáles serían los requisitos legales y el procedimiento a seguir para solicitar la citada autorización?

Focalizando la atención en la naturaleza jurídica de autorización de trabajo y residencia por cuenta ajena, la misma es una técnica de intervención pública que pertenece al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. Esta se define por la doctrina científica como la que, de acuerdo con la ley, opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de estos, y presenta distintos grados. La técnica autorizatoria que debe distinguirse frente a la prohibición absoluta, suele manifestarse de dos formas; como acto administrativo o como control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad preexistente (Aguelo Navarro Pascual, 2013). Página 298.

Es necesario asimismo establecer un marco normativo para responder a la presente cuestión. Lo relativo a los requisitos y el procedimiento se encuentra regulado en los artículos 36,38 y 40 de la LO 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, conocida como Ley de Extranjería (LOEX, en adelante) y en los artículos 62 a 70 del Reglamento de la LO sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

El artículo 36 de la LOEX establece una visión general de la autorización; *1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la*

---

<sup>16</sup> Tal y como establece el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el Portal de Inmigración.

*correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.*

*2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad.*

*3. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las leyes así lo exigiesen, a la colegiación.*

*4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización.*

*5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. De este modo, la exigencia de la autorización de residencia y trabajo se predica para los extranjeros<sup>17</sup> mayores de dieciséis años, debiendo ser dado de alta en la Seguridad Social<sup>18</sup>. Del mismo modo, el apartado 4 exige que se acompañe con la autorización inicial el contrato de trabajo, que debe estar firmado por ambas partes en el momento de la presentación de la solicitud. Finalmente, el apartado 5 reconoce determinados derechos de contenido laboral y Seguridad Social, en el supuesto de que el trabajador extranjero haya prestado efectivamente servicios, aun cuando no cuente con autorización de residencia y trabajo. Este apartado fue objeto de diferentes reformas, finalmente este apartado recoge la interpretación mas restrictiva respecto al reconocimiento de prestaciones derivadas de contingencias comunes al trabajador en situación irregular, advirtiendo por una parte, que la eventual obtención de prestaciones de Seguridad Social derivada de convenios internacionales debe resultar compatible siempre con su situación, y por otra parte, que en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. (Pascual Aguelo Navarro, 2013). Páginas 305 y 308.*

Es de destacada importancia el artículo 38 de la LOEX ya que se trata de un precepto que recoge una serie de pautas legales mínimas de la autorización inicial por cuenta ajena. Es necesario en este punto hacer referencia a qué, para la concesión inicial de la autorización, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. La misma, será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las CCAA y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales;

*1. Para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.*

*2. La situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil*

---

<sup>17</sup> El artículo 1.1 de la LOEX establece que se considera extranjero, a los efectos de aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de nacionalidad española.

<sup>18</sup> Este requisito también es exigido por el Reglamento de la LOEX en su artículo 70.7.

*Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.*

*Igualmente, se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones no catalogadas cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles. Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos.*

Este segundo apartado del artículo 38.2 remite al Reglamento. Del Reglamento, resulta de aplicación el artículo 64.3 que dispone que en relación con la actividad a desarrollar por el extranjero es requisito a tener en cuenta que la situación nacional de empleo permita su contratación. A pesar de la ausencia de definición legal de este criterio, puede entenderse por tal la valoración de las necesidades de mano de obra no cubiertas por españoles, ciudadanos de la Unión Europea o residentes autorizados para trabajar y que se ofertan a extranjeros no residentes porque pueden ser absorbidas por el mercado de trabajo nacional. Resulta de aplicación de igual modo el artículo 65 del Reglamento de la LOEX, que se encarga de determinar la situación nacional de empleo. El último inciso del párrafo primero, declara que la calificación de una ocupación como de difícil cobertura permite a los empleadores instar la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de puestos de trabajo que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. Constituye, entonces, una nueva forma de ponderar la situación nacional de empleo con carácter previo a la solicitud de autorización. (Aguelo Navarro Pascual, 2013). Páginas 328 y 329.

En el artículo 40.1 de la LOEX se recogen una serie de supuestos específicos en los cuales existe una exención de la situación nacional de empleo;

*a) Los familiares reagrupados en edad laboral, o el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como al hijo de español nacionalizado o de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que estos últimos lleven, como mínimo, un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.*

*b) Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.*

*c) Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.*

*d) Los que hubieran gozado de la condición de refugiados, durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, por los motivos recogidos en el supuesto 5 de la sección C de su artículo 1.*

*e) Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.*

*f) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.*

*g) Los extranjeros nacidos y residentes en España.*

*h) Los hijos o nietos de español de origen.*

*i) Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.*

*j) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos.*

*k) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales, y hayan retornado a su país.*

*l) Los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario.*

En este caso, no se ofrece ningún dato de los marroquíes por lo que con carácter general se puede afirmar que no se encuentran dentro de ningún supuesto específico de exención.

De lo expuesto, por lo tanto, se puede concluir, que es necesario que la situación nacional de empleo permita la contratación, permitiéndolo si;

- La ocupación que va a desempeñar el trabajador en la empresa está incluida en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que el Servicio de Empleo Estatal publica trimestralmente.
- La Oficina de Extranjería competente considera que no se ha podido cubrir el puesto de trabajo a tenor del certificado que el Servicio Público de Empleo Estatal emite sobre la gestión de la oferta de empleo.
- Pueden acreditar la concurrencia de un supuesto recogido en el artículo 40 de la LOEX.

Tal y como expuse con anterioridad, en los artículos 62 a 70 del Reglamento de la LOEX se regula la autorización inicial de empleo y residencia. De los anteriores preceptos es necesario destacar el artículo 64, así como el 67, en donde se regulan los requisitos y el procedimiento respectivamente. Es importante destacar, en relación con los requisitos, que también son regulados por la jurisprudencia, como por ejemplo en la STSJCL 67/2015 de 27 de Marzo (ECLI:ES:TS:TSJCL:2015:1220). Por lo tanto, los requisitos exigidos son los siguientes;

- Que los extranjeros no se encuentren irregularmente en territorio español.
- Que carezcan de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español.
- No figuren como rechazables en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- Haya transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por éste en el marco de su retorno voluntario al país de origen.
- Se haya abonado la tasa por tramitación de la autorización de residencia temporal.
- La situación de empleo permita la contratación.
- El empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
- Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad.<sup>19</sup>
- Que el empleador solicitante haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.
- El empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador.

---

<sup>19</sup> En el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y cómputo anual.

- El trabajador tenga la capacitación y la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión
- Tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta ajena.

Con carácter general, el procedimiento a seguir, es el establecido en el artículo 67 de la LOEX en virtud del cual;

El empleador deberá presentar personalmente, o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena ante el órgano competente para su tramitación, de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral, en este caso, León. Junto con esta autorización inicial, será necesario aportar la siguiente documentación tal y como establece el 67.2 LOEX;

- *NIF y, en caso de que la empresa esté constituida como una persona jurídica, el documento público que otorgue su representación legal en favor de la persona física que formule solicitud, tal y como sucede en este caso.*
- *Original y copia del contrato de trabajo. Siendo el contrato sellado por la Oficina de Extranjería a efectos de su posterior presentación por el extranjero junto a la correspondiente solicitud de visado de residencia y trabajo.*
- *En su caso, el certificado del Servicio Público de Empleo competente sobre la insuficiencia de demandantes de empleo para cubrir el puesto de trabajo.*
- *Los documentos acreditativos de los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a sus obligaciones. Cuando el empleador tenga la condición de empresa, podrá acreditar el cumplimiento de este requisito a través de, entre otros medios de prueba admitidos en Derecho, la presentación o la comprobación de la información relativa a su cifra de negocios, con el límite de los últimos tres años, y al promedio anual de personal contratado, teniendo en consideración las contrataciones realizadas, así como los despidos o bajas que se hayan producido. También podrá presentar, sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba admitidos en Derecho, una declaración relativa a los servicios realizados anteriormente, con el límite de los tres últimos años y/o un extracto de las cuentas anuales referido al balance.*
- *Copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero.*
- *La acreditativa de que se tiene la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.*

Una vez recibida la solicitud, el órgano competente deberá registrarla dejando constancia inmediata de su presentación, grabándola en la aplicación informática correspondiente, de tal manera que permita que los órganos competentes para resolver puedan tener conocimiento de la solicitud en tiempo real. Estos órganos competentes para resolver comprobarán si concurre o no alguna de las causas de inadmisión establecidas en la LOEX, de modo que si aprecia la concurrencia de alguna resolverá de forma motivada declarando la inadmisión a trámite de la solicitud. En el supuesto en el que se admita a trámite la solicitud<sup>20</sup>, se procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación, comprobándose de oficio la información de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social en relación al cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, así como los informes de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil y del Registro Central de Penados. Si fuese necesario solicitar algún tipo de informe en el marco de este apartado, el plazo máximo que establece la ley es de diez días. Asimismo, el órgano competente para resolver comprobará si con la solicitud se acompaña la documentación exigida. En caso negativo, se requerirá al solicitante la subsanación de defectos observados en un plazo máximo de diez días, advirtiéndole que en caso de no subsanar los mismos en el plazo establecido, se tendrá por desistida la solicitud y

<sup>20</sup> Con la admisión a trámite de la solicitud será necesario abonar el pago de las tasas de residencia y trabajo, las mismas deberán ser abonadas en un plazo de diez días hábiles.

se procederá al archivo de su expediente. La solicitud y emisión a la que se hace referencia en este apartado se realizarán por medios electrónicos. El órgano competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, resolverá de forma motivada en un plazo máximo de tres meses, contados a partir del día siguiente a la fecha en que haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, atendiendo a los siguientes requisitos sobre la autorización solicitada. El órgano competente grabará de manera inmediata la resolución, de manera que las autoridades de los organismos afectados<sup>21</sup> correspondientes al lugar de residencia del trabajador, tengan conocimiento de la misma en tiempo real. Cuando la oficina consular competente no disponga, por razón de su ubicación geográfica, de los medios técnicos necesarios para el acceso en tiempo real a la resolución mencionada en el párrafo anterior, los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación le darán traslado de la misma en un plazo de 24 horas desde su recepción. Una vez concedida la autorización su eficacia quedará suspendida hasta la obtención del visado<sup>22</sup> (que el trabajador deberá recoger personalmente en el plazo de un mes desde la fecha de notificación) y posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de Seguridad Social, en el plazo de tres meses desde su entrada legal en España y por el empleador que solicitó la autorización.

Si bien, el artículo 67 del Reglamento LOEX establece el procedimiento con carácter general, el artículo 68 del mismo cuerpo legal se encarga de regular el procedimiento en el caso de traspaso de competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena a las CCAA. No obstante, en lo que atañe a la CCAA de Castilla y León la competencia para conceder la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena no está atribuida a dicha Comunidad Autónoma, por lo que es competencia estatal y el procedimiento a seguir será el regulado en el artículo 67 del Reglamento LOEX, expuesto anteriormente.

En el caso objeto de análisis nada se dice sobre el desarrollo del procedimiento por lo que aparentemente parece que cumple con lo exigido por la ley. No obstante, es preciso detenerse en el artículo 64.3b<sup>23</sup> de la LOEX, citado anteriormente. De este precepto es necesario detenerse en la segunda parte; *que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena*. Es decir, Carlos Basalo y Marta Canuria deberían garantizar a los marroquíes la actividad continuada en la empresa por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. No obstante, esta no es la conducta seguida por ambos, ya que tal y como se establece en el caso; *Al llegar a España, los extranjeros trataron sin éxito de ponerse en contacto con la empresa ofertante para acceder al puesto de trabajo por el que habían pagado una gran suma de dinero. Fue entonces cuando descubrieron que esta en realidad era falsa. De esta forma, los inmigrantes quedaron indefensos en un país ajeno al suyo, debiendo buscar por sus propios medios otra ocupación con la que sobrevivir*. En relación con esto, resulta de aplicación el apartado 8 del artículo 67 del Reglamento de la LOEX. De este modo, *en caso de desaparición del empleador que tenga la condición de empresa, el trabajador podrá ser dado de alta por otro empleador, previa realización de las actuaciones previstas en este apartado y siempre que ésta se produzca dentro de los tres meses desde su entrada legal en España*. Este precepto abre la posibilidad para el caso en el cual el primer empleador desaparezca, la posibilidad de que el inmigrante extranjero obtenga un puesto de trabajo eficaz a través de un segundo empleador. En relación con el incumplimiento de los requisitos exigidos para que la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena sea eficaz, resulta de aplicación el artículo 69.1 del Reglamento de la LOEX, en virtud del cual *el órgano u órganos competentes denegarán las autorizaciones iniciales*

---

<sup>21</sup> Incluido el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Misión diplomática y la Oficina consular.

<sup>22</sup> Junto con el visado deberá acompañar; pasaporte ordinario, certificado de antecedentes penales, certificado médico, copia del contrato presentado y sellado por la Oficina de Extranjería y el justificante de haber abonado la tasa del visado, que asciende a 60 euros.

<sup>23</sup> En relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar, será necesario que el empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

*de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena cuando no se acredite cumplir alguno de los requisitos establecidos en el artículo 64. Por lo expuesto, cabe concluir que nos encontramos ante un supuesto de obtención fraudulenta de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, por lo que, en base al artículo 63.5 del Reglamento de la LOEX, la autorización recibida por los marroquíes tendrá únicamente eficacia legal durante el plazo de un año<sup>24</sup>, ya que, con posterioridad al observarse el incumplimiento del artículo 64.3b de la LOEX la misma no se renovará.*

4. Analice y califique jurídicamente los hechos cometidos por Antonio Ramírez. ¿Se puede determinar que ha existido abuso de una situación de necesidad? ¿El acta de la infracción de la inspección de trabajo tiene rango probatorio? ¿Tiene derecho a recibir alguna indemnización el marroquí Hamid Meznie?

La conducta de Antonio Ramírez encaja en dos preceptos del CP. En primer lugar, dentro de lo que establece el artículo 311.1º, en virtud del cual; *serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: 1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.* Este artículo establece la protección general de las condiciones laborales o de seguridad social, siendo habitualmente el sujeto pasivo del ilícito penal el trabajador, con independencia de que exista o no un contrato de trabajo, y naturalmente el sujeto activo autor del delito, habitualmente el empresario. La tipificación de la conducta más grave es la relativa a la imposición o mantenimiento de las condiciones de trabajo inadecuadas tradicionalmente calificadas como explotación que afectan no solo a la dignidad sino también a la salud. La referencia a conductas que son reprochables penalmente tendrá que derivarse del RDL 5/2000 pudiendo ser conductas de lo más diverso, desde la transgresión general de normas de seguridad, actos que atenten contra la integridad moral o dignidad de los empleados o la retención de las cuotas de la Seguridad Social. (Roma Valdés Antonio, 2015) páginas 533 y 534.

Es importante destacar que nos encontramos ante un delito de resultado en el que la consumación se produce en el momento en que se imponen las condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos a los trabajadores (en este mismo sentido ARROYO ZAPATERO). Si bien hay quien ha entendido que es necesario el efectivo perjuicio para los derechos de los trabajadores (TERRADILLOS). Por su parte, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC matizan que se trata de un delito de resultado cortado, puesto que para su consumación basta con que se produzca la efectiva imposición de condiciones perjudiciales para los derechos del trabajador, sin ser necesario un perjuicio real o efectivo. (Valle Muñoz José Manuel, 2008).

En este sentido, la STS 554/2019 de 13 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3702) establece; *las menciones que hacíamos al artículo 312 CP son también aplicables al artículo 311 CP y, partiendo de estos precedentes (...) en el contexto de una relación de subordinación o dependencia y, además, le obliga unas condiciones de prestación contrarias a la dignidad humana, que en este caso, eran cercanas a la esclavitud, incurre también en el delito tipificado en el artículo 311 del CP (...) no cabe duda que el recurrente utilizó violencia para la consecución de sus fines e impuso a las víctimas unas condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y ajenas a cualquier condición laboral lícita y admisible. Al margen de las responsabilidades que pudieran exigirse a los dueños de los establecimientos, los servicios de las víctimas lo fueron por cuenta ajena y en el contexto de una relación de subordinación y violencia. Las mujeres debían trabajar todos los días de la semana sin descanso, debían entregar 200 euros fuera cual fuera el rendimiento de su actividad y, además, en caso de no ir a trabajar por cualquier circunstancia, debían abonar la cantidad de 200 euros, todo ello en un contexto de abuso y violencia. Ante tales hechos ninguna censura puede hacerse a la*

---

<sup>24</sup> Siendo legalmente el plazo de duración de la autorización 1 año, se puede afirmar que en este caso, al haberse obtenido de manera fraudulenta, la autorización será eficaz hasta que se declare nula, pudiendo por lo tanto, ser inferior a 1 año.

*sentencia porque los haya sancionado aplicando el artículo 311 del CP.* En relación con lo expuesto es importante destacar que para la efectiva aplicación del artículo 311 se requiere o engaño (que en este caso no existe) o abuso de situación de necesidad, que analizaré si se da o no seguidamente, en la correspondiente pregunta.

Antes de analizar la situación de necesidad es preciso continuar calificando la conducta seguida por Antonio Ramírez, que a parte de cometer un delito del 311 del CP también ha cometido un delito regulado en el artículo 316 del mismo cuerpo legal. El presente precepto establece; *los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.* Es importante destacar que este artículo se trata de una norma penal en blanco<sup>25</sup>. Los sujetos activos responsables serán los empresarios como así se deduce de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuyos artículos 14.2 y 42.1 determinan el empresario como el primero legalmente obligado, de forma que este será el sujeto activo del delito de riesgo que se regula en estos dos artículos. Lo que caracteriza al empresario es que está obligado a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. El trabajador es por tanto un acreedor de la implantación de los sistemas de seguridad y salud y el empresario es garante de la seguridad de sus trabajadores al ostentar el poder de dirección de la actividad laboral y empresarial y ser además el natural del destinatario del beneficio que se produce como consecuencia del trabajo de sus empleados. El bien jurídico protegido es de naturaleza colectiva o supraindividual. La característica del tipo penal es de los considerados delitos de peligro concreto, no de peligro abstracto, de forma que se precisa un peligro real y efectivo que además deberá ser grave en referencia al artículo 4.4 de Prevención de Riesgos Laborales. (Antonio Roma Valdés, 2015) páginas 542 y 543. En este caso, la ausencia de condiciones de higiene y limpieza determinaron que se levantase un acta por infracción grave, mostrándose de este modo la aplicabilidad del presente precepto a la conducta de Antonio Ramírez.

En la SAP MA 486/2013 de 31 de julio de 2013 (ECLI:ES:APMA:2013:3218) se recogen los elementos configuradores del artículo 316 del CP, siendo los siguientes;

- *La infracción de una norma de prevención de riesgos laborales, que puede estar incluida en dicha ley, en sus disposiciones de desarrollo o complementarias y en cuantas normas legales o convencionales contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral.* En otras normas, se podría destacar el artículo 19.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>26</sup>.
- *La omisión de prevenciones, que comprende no solo la falta de medios de protección personal, sino también los de carácter estructural u objetivos e incluso la omisión de medidas higiénicas.* Tal y como sucede en el presente caso, las condiciones en las que se encuentra Hamid muestran la omisión de las correctas medidas higiénicas por parte de Antonio Ramírez.
- *Generación de una situación de peligro.* En este caso, la omisión de las conductas de higiene, así como la ausencia de evaluación de riesgos laborales, causan un peligro real sobre la salud y integridad física de Hamid.
- *Relación de causalidad entre la acción u omisión preventiva y la situación de riesgo.* Ya que el mero hecho del incumplimiento de las medidas, sin que se cause un riesgo será únicamente sancionado administrativamente. Tal y como se muestra en este caso, la omisión de las medidas higiénicas y de la evaluación de riesgos laborales provoca una situación de riesgo en relación con Hamid.

---

<sup>25</sup> Las normas penales en blanco son aquellas que al describir la conducta constitutiva de delito remite en parte a normas reglamentarias o de rango inferior a la ley orgánica. Tal y como se establece de la definición otorgada por la Real Academia Española.

<sup>26</sup> *El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.*

Cumpléndose de este modo los requisitos exigidos por la jurisprudencia, la conducta de Antonio Ramírez encaja plenamente en el artículo 316 del CP.

#### 4.1 ¿Se puede determinar que ha existido abuso de una situación de necesidad?

Para determinar si se aplica el 311.1<sup>27</sup> del CP es necesario precisar si ha existido abuso de una situación de necesidad.

En relación con la situación de necesidad se barajan dos interpretaciones; por un lado, una interpretación extensiva, en el sentido que resulta consustancial a toda relación laboral debido a la situación de inferioridad y subordinación en que se encuentra el trabajador con respecto al empresario y las dificultades de acceso al empleo. Y por otro lado, una interpretación restrictiva, en el sentido que debe probarse en todo caso que el empresario se aprovechó de la concreta situación de precariedad en que se encontraba el trabajador en cuestión. (Corcoy Bidasolo Mirentxu, Mir Puig Santiago, 2015).

Para la jurisprudencia, en líneas generales, el abuso de situación de necesidad viene generado por el mercado de trabajo que provoca un desequilibrio entre el asalariado y el empleador, de que este último se prevalece para imponer unas condiciones ilegales que nadie aceptaría si no estuviera forzado a hacerlo. La jurisprudencia se ha referido a esta situación como aquella en la que no se puede elegir por la angustia o la ansiedad laboral. Asimismo, el abuso de situación de necesidad ha de probarse, lo que lleva a Terradillos Basoco a afirmar que cuando los jueces lo decidan aplicar estarán cargando sobre sus espaldas una tarea que debió haber asumido el legislador.

Más recientemente, el abuso de situación de necesidad es interpretado por el TS como algo más que la consustancial desigualdad entre el empresario y el trabajador, porque de no ser así todo incumplimiento debería tener acceso a la respuesta penal. (De Vicente Martínez Rosario, 2020).

En el texto del artículo 311.1 se hace referencia al concepto "imponer", en este sentido; el TS revisita sus pronunciamientos de 2017 para recordar, una vez más, cómo ha de interpretarse el término "imposición" al que hace referencia el artículo 311.1 del CP. Sostiene el TS en primer lugar que el verbo definidor del tipo penal es el de imponer y por tal ha de entenderse la existencia de una situación en la que el perjudicado por la fijación de condiciones ilegales carezca de capacidad para reaccionar en defensa de sus derechos. Asimismo, el TS tiene claro que la situación "imposición" nos coloca extramuros de los conceptos jurídicos de violencia o intimidación, que de concurrir integrarían el subtipo agravado del artículo 311.4 CP. Asimismo, resulta obvio para el TS que solo tiene capacidad de elegir quien tiene libertad para optar, pero "en una situación de esencial desigualdad como es la relación laboral, el término imposición al que se refiere el tipo penal no supone una nota de intimidación o violencia, como se ha dicho, sino una situación en la que el trabajador no tiene libertad de optar porque cuando la alternativa es dejar de trabajar e irse al paro es claro que eso no es fruto de una opción libre" ATS 70/2021 de 18 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2680A). Ha de entenderse, por tanto, que en este precepto el término "imposición" difiere del de violencia o del de intimidación y significa "que la ilegalidad se le hace patente al trabajador y no se hace a sus espaldas, imposición que para ser penalmente relevante tiene que producirse, es decir verbalizarse a través de las dos vías que exige el tipo penal: el engaño o el abuso de situación de necesidad" ATS 70/2021 de 18 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2680A). Resulta evidente, por tanto, que afirmar en determinadas situaciones que los trabajadores aceptan las condiciones que se imponen cuando lo que realmente están haciendo es soportar una situación porque no pueden optar a otra mejor no es un argumento aceptable.

A juicio del TS todos estos elementos concurrían en el caso que dio lugar al Auto mencionado por varias razones, entre otras, porque se privaba al trabajador de su debido salario y del descanso correspondiente, porque no se le había dado de alta en la seguridad social y porque trabajaba más de

---

<sup>27</sup> Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

12 horas diarias y se le abonaban 50 euros semanales para comida. Condiciones todas ellas impuestas y no queridas por el trabajador, que acepta desde el engaño del acusado que le había prometido el abono posterior del salario (partiendo de la confianza que generó en el trabajador que en ocasiones anteriores el acusado sí le había pagado) y desde su propia vulnerabilidad. El empleador conocía todas esas circunstancias por lo que no existen dudas de la concurrencia de una “imposición de condiciones” y no es posible argumentar que no se trataba de un trabajo penoso o que la falta de alta en la seguridad social consistía en una mera infracción administrativa, pues las condiciones en las que se tenía que desempeñar el trabajo eran las que lo convertían en un trabajo penoso y su imposición en la situación precaria del trabajador es lo que merece reproche penal, por lo que nos encontramos aquí ante un mayor injusto de la conducta en contraste con los tipos administrativos, lo que, sin lugar a dudas, justifica la imposición de una sanción penal. ATS 70/2021 de 18 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2680A). En este caso, sí se condenó al empleador. (Ceinos Suárez Ángeles, 2022).

Continuando, es preciso destacar la STS 639/2017 de 29 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3389) en virtud de la cual; *por lo que se refiere al abuso de situación de necesidad en que se halle el trabajador, habrá de analizarse caso por caso, ya que esta situación de abuso de necesidad puede revestir múltiples variantes. (...) por ello debe exigirse desde un punto de vista objetivo una clara vulneración de los derechos de los trabajadores con suficiente relevancia penal para justificar la respuesta del sistema judicial penal, y de otro lado desde un punto de vista subjetivo la concreta situación de los trabajadores afectados. (...) la situación objetiva de necesidad para dar lugar al tipo penal aun requiere otro componente, que se abuse de esa situación del sujeto pasivo, y abusar quiere decir, aprovecharse de forma excesiva de una persona en beneficio propio. Lo que, por un lado, ya reclama una cierta entidad cualificadora del aprovechamiento, y por otro lado, exige desde la perspectiva subjetiva del elemento, que el autor conozca la situación de la víctima y que ésta acepta forzada de la relación laboral y busque voluntariamente que ésta acepte unas condiciones que, de no concurrir la situación, sabe que no aceptaría. Y es que el delito es esencialmente doloso, siendo difícil imaginar incluso modalidades de dolo eventual.*

En base a lo expuesto, se puede apreciar la dificultad para determinar la existencia del abuso de situación de necesidad, no obstante, en el presente caso considero que esta debidamente justificado ya que la situación no se limita a una mera relación entre empleado y trabajador, sino que Hamid no tenía ningún otro medio para quedarse en España y consciente de ello Antonio Ramírez le otorgó trabajo en unas condiciones que no son las adecuadas para el desarrollo del mismo, incumpliendo las exigencias legales<sup>28</sup> y con ausencia de las condiciones adecuadas de higiene y limpieza y ausencia de evaluación de riesgos laborales así como, de evaluación de la salud de los trabajadores.

#### 4.2. ¿El acta de la infracción de la inspección de trabajo tiene rango probatorio?

A modo de introducción considero necesario destacar una serie de aspectos relevantes a cerca de la inspección de trabajo. La inspección de trabajo constituye una de las instituciones laborales y sociales de mayor raigambre en España, con presencia ininterrumpida en nuestro sistema de relaciones laborales y de protección social durante bastante mas de una centuria. Creada en formalmente en el año 1906, su origen está muy ligado a la emergencia de las primeras leyes obreras y, en general, al proceso de construcción de nuestro sistema jurídico-laboral<sup>29</sup>. Como se pudo advertir desde muy

---

<sup>28</sup> Hamid es contratado en el año 2020 a jornada completa con un salario de 800 euros al mes. El Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional en su artículo 1 establece; *el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 31,66 euros/día o 950 euros/mes según el salario este fijado por días o meses.* En este caso, Antonio Ramírez otorga a Hamid 800 euros de salario mensual por jornada completa, por lo que no cumple con lo establecido legalmente.

<sup>29</sup> Entre las menciones más antiguas a la inspección de trabajo en nuestro país hay que citar el Proyecto de Ley sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección en la industria manufacturera presentado a las Cortes el 8 de octubre de 1855.

temprano, de poco sirve la fijación de condiciones mínimas de trabajo si no se cuenta con mecanismos apropiados para cuidar de su observancia y sancionar posibles incumplimientos. La inspección de trabajo, nació a fin de cuentas, para dar respuesta institucional a esa nueva necesidad del proceso de reforma social emprendido por nuestro país, desde las últimas décadas del siglo XIX. (García Murcia Joaquín, 2016) p. 31 y 32.

El proceso histórico de las primeras reformas laborales y las de Inspección de Trabajo se han conformado de forma paralela, así como el valor conceptual que tiene en la actualidad este dato histórico. La seguridad e higiene cobra carta de naturaleza en nuestro derecho histórico con la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. La seguridad y salud en el trabajo constituye desde sus inicios un ámbito específico sobre el que se ha proyectado la actividad fiscalizadora del Estado en sucesivas normas hasta la actualidad (...). El nuevo marco legal establecido por la LOSIT<sup>30</sup> viene a dar respuesta a la insuficiencia de un marco normativo institucional. La ley viene a establecer una reorganización del Sistema de Inspección de Trabajo para dar respuesta a la distribución de competencias entre las Administraciones competentes, mediante la creación de un organismo autónomo que permite la descentralización funcional, la creación de órganos específicos y la articulación de los mecanismos de cooperación y participación. (González Labrada Manuel, 2016) p. 243,244 y 245.

El artículo 1 de la citada LOSIT, define "Inspección de trabajo" en el siguiente sentido; *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias, lo que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.*

Una vez destacados los aspectos, que a mi juicio, resultan trascendentales de la inspección de trabajo, centraré la atención en el acta de infracción de la inspección de trabajo.

En torno a toda acta, tanto de inspección como de otro tipo se pueden suscitar siempre controversias relativas a lo reflejado en ella, sobre todo si se pone en duda que los hechos descritos en el acta se ajusten a lo ocurrido en la realidad. Estas discrepancias podrán surgir porque se considere que el acta no es, fácticamente, un fiel reflejo de la realidad, cuando se trate, esencialmente, de describir unos hechos o porque lo plasmado en el acta no se corresponde exactamente con lo afirmado. Un acta no deja de ser un simple documento, por muchas que sean las formalidades que lo rodeen, en el que una persona explica como han ocurrido ciertos acontecimientos. Este problema de la veracidad de lo descrito en un acta se resuelve frecuentemente en el ordenamiento jurídico considerando que, en principio, lo reflejado en el acta debe entenderse que se ajusta a la realidad documentada, ya que no sería lógico por parte del legislador instar la extensión en actas en ciertos ámbitos para que luego tuvieran un simple valor probatorio de una declaración testifical. Si desde el ordenamiento jurídico se le encomienda a una persona la tarea de extender un acta, es porque, allí donde dicha acta va a surtir efectos, se va a considerar que, en principio, lo que se recoge en el acta es aquello en lo que en realidad han consistido los hechos que se pretenden documentar en el acta. Esta técnica, que consiste por tanto, en confiar en la persona que extiende un acta se viene denominando tradicionalmente "presunción de certeza", dado que, como se ha expuesto, implica que se debe presumir que los hechos descritos en el acta no son falsos sino que son ciertos. Es incorrecto hablar de "presunción" resulta más adecuado afirmar que las actas hacen fe de los hechos consignados en ellas. La presunción de certeza de toda acta implica algo así como una ficción probatoria, concretamente una ficción de demostración de la realidad (...) es decir, una ficción de que se han aportado pruebas con las que se ha comprobado que los hechos reflejados en el acta son exactamente, los que, en realidad, han acaecido. La presunción de certeza que el ordenamiento jurídico otorga a las actas de la Inspección de Trabajo tiene una doble justificación; por un lado, desde el Derecho se cuida la preparación de las personas llamadas a extender tales actas, exigiendo de entrada en muchas ocasiones, la superación de

---

<sup>30</sup> Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

unas difíciles oposiciones. Esto hace que se deposite la confianza en los sujetos habilitados para extender actas dotadas de presunción de certeza. Por otro lado, como contrapeso, a quienes extienden un acta se les impone un estricto deber de plasmar en el acta los hechos de forma fiel, pero no solo se trata de un deber moral sino que la persona que formaliza un acta falseando la realidad se adentra en el ámbito de las responsabilidades penales, lo cual debería servir para que la voluntad de dicha persona de mentir en el acta no supere la fase de formación volitiva, en el caso de una conducta intencionada, o para que esa persona se comporte con mayor diligencia y esmero, en el supuesto de un descuadre entre acta y realidad debido a una conducta poco responsable, imprudente, de quien ha extendido el acta. La presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo no se explicitó hasta el Decreto 2122/1971, de 23 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo en desarrollo de la Ley 39/1962, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo. (Díaz Rodríguez Juan Manuel, 2016).

En relación con la presunción de veracidad y por lo tanto, el rango probatorio de las actas, resulta de aplicación el artículo 23 de la LOSIT, en virtud del cual; *Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados. El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como consecuencia de comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables.* Recogiendo por tanto este artículo, el rango probatorio del acta. Por otro lado, la STC 76/1990 de 26 de abril, establece que las actas y diligencias de Inspección, según ha reconocido expresamente la sentencia, si bien refiriéndose a las de la Inspección Tributaria, constituyen documentos públicos con los consiguientes efectos probatorios, según las previsiones del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A lo anterior puede añadirse lo establecido en el artículo 53.2 de la LISOS<sup>31</sup> en relación con la STJCL 307/2014 de 22 de enero de 2014 (ECLI:ES:TSJCL:2014:307) en virtud de la cual los hechos constatados por los funcionarios de la ITSS que se formalicen en sus actas de infracción, tendrán presunción de certeza.

De este modo, cabe concluir que el acta tiene efectivamente rango probatorio tal y como se reconoce en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina. Asimismo, que el acta tenga rango probatorio permite la aplicación efectiva del 316CP, en relación con Antonio Ramírez.

#### 4.3 ¿Tiene derecho a recibir alguna indemnización el marroquí Hamid Meznie?

En primer lugar, resulta necesario acudir al artículo 42 de la LPR, en virtud del cual; *El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.* De este modo, abre la vía a recibir indemnizaciones por parte de los trabajadores en el caso de incumplimiento, por parte de los

---

<sup>31</sup> *Los hechos constatados por los referidos funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensas de los respectivos intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los supuestos concretos a que se refiere la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen sus normas aplicables.*

empresarios, de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. No obstante, del presente precepto, se pueden extraer cuatro tipos de responsabilidades;

- 1- Responsabilidad penal si la empresa comete un delito de riesgo grave para la salud, previsto en los artículos 316 y 317 del CP.
- 2- Responsabilidad administrativa si la empresa comete alguna de las infracciones administrativas, leves, graves o muy graves, de los artículos 11-13 LISOS con las correspondientes sanciones del artículo 40.2 de la LISOS y los artículos 53 y 54 de la LPR.
- 3- Responsabilidad civil contractual en caso de accidente de trabajo causado por un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en el marco de un contrato de trabajo conforme los artículos 1101-1107 del CC.
- 4- Responsabilidad de un recargo de prestaciones de seguridad social por accidente de trabajo causado por el incumplimiento de la normativa de prevención tal como impone el artículo 123 de la LGSS.

Desde otro punto de vista, el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales puede tener hasta cuatro consecuencias jurídicas;

- Penas de prisión, penas accesorias y multas derivadas de responsabilidad penal.
- Multas y penas accesorias derivadas de responsabilidad administrativa.
- Indemnizaciones civiles por daños y perjuicios en caso de accidente de trabajo.
- Recargo de un 30 a un 50 por 100 sobre la prestación social de accidente de trabajo. (Lahera Forteza Jesús, 2014) p 3 y 4.

Es importante destacar que la relación laboral entre Antonio Ramírez y Hamid estaba formalizada a través de un contrato, por lo que nos encontramos ante un caso de incumplimiento contractual en relación con los riesgos laborales.

De este modo, los trabajadores, en el caso de incumplimiento empresarial de sus obligaciones contractuales preventivas, tendrán derecho, si se trata de incumplimientos graves, como sucede en este caso, a la resolución unilateral del contrato en vía judicial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49.1.j<sup>32</sup> y 50.1.c<sup>33</sup> del ET. Esta resolución contractual judicial lleva aparejada una indemnización tasada legalmente en su cuantía con cargo al empresario de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y hasta un máximo de 42 mensualidades, tal y como predica el artículo 50.2 ET. (Sala Falcó Tomás, 2022) p 243.

Por lo expuesto, cabe concluir, que, al haber un incumplimiento de contrato, Hamid tendría derecho a iniciar un procedimiento para el pago por parte de Antonio Ramírez de una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Analizando la presente cuestión desde otra perspectiva, entra en juego el CP y es que en virtud del artículo 109 *la ejecución de un hecho descrito en la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios causados*. Continúa indicando el artículo 110 del mismo cuerpo legal; *La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende; 1º la restitución, 2º la reparación del daño, 3º la indemnización de perjuicios materiales y morales*. En estos preceptos se está haciendo referencia a lo que se conoce como responsabilidad civil derivada del delito, esta se puede definir como la obligación que surge para el autor de un delito en reparar los daños y perjuicios que se derivan de la infracción penal. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* es una de las cuestiones más controvertidas. Parece una obviedad afirmar que la responsabilidad civil derivada del delito es de naturaleza civil, como su propia denominación indica. Sin embargo, a lo largo de la historia no todos los autores han dado por buena esta evidencia y han cuestionado ese

---

<sup>32</sup> *El contrato de trabajo se extinguirá por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.*

<sup>33</sup> *Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

carácter privado a la vista de su regulación sustantiva y procesal. (Granados Pérez Carlos, 2010) páginas 28 y 29.

Por otro lado, el artículo 113 establece; *la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado a sus familiares o terceros*. De este modo, la jurisprudencia ha establecido (STS 10 febrero 1990 o STS 12 mayo 1990) que la indemnización debe ser determinada conforme al daño emergente, lucro cesante y daño moral. Asimismo, para que haya indemnización es preciso que concurren básicamente tres requisitos: La comprobación de un perjuicio causado por una infracción penal; la relación de causalidad entre dicha acción y el daño; y que el daño pueda ser cuantificable. En cuanto al primer requisito se ha de probar la existencia de unos daños, así como la averiguación de la cuantía de los mismos. En cuanto al segundo requisito se requiere también para que el daño sea susceptible de indemnización que se dé un nexo causal entre aquel y el delito, esto es, que exista entre ambos una relación de causa-efecto que ha de ser probada. En relación con esto último, la teoría más extendida sobre la determinación del nexo causal entre los civilistas es el de la causalidad adecuada, y la jurisprudencia opina lo mismo. (Mapelli Caffarena Borja, 2005) página 416 y siguientes. Una vez determinada la existencia de la responsabilidad civil derivada del delito, a tenor del artículo 115 del CP *los jueces y tribunales, al declarar la existencia de la responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución*. Es decir, corresponde a los tribunales fijar la cuantía de los daños, que nunca podrá ser superior a lo que solicita la parte perjudicada. El último paso sería determinar, si el responsable del delito es responsable civilmente, para ello debemos acudir al artículo 116 del CP en virtud del cual; *Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno. 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos*. Por lo que no solo Antonio Ramírez es civilmente responsable, sino también con carácter solidario la SLU de la que es propietario, FINCA RAMÍREZ. Lo anterior lleva a la conclusión de que Hamid, podría solicitar una indemnización como consecuencia del delito, cometido por Antonio Ramírez, contra los derechos de los trabajadores, correspondiéndose dicha indemnización con la responsabilidad civil derivada del delito.

5. Dadas las circunstancias en las que Hamid Meznie consiguió la autorización de trabajo y residencia, ¿el contrato de trabajo efectuado con Antonio Ramírez es eficaz? ¿Tendrá Hamid Meznie derecho a percibir una indemnización por despido?

Se debe partir de la base de que, para contratar a extranjeros no comunitarios, es necesario que los mismos dispongan del permiso temporal de residencia y de trabajo en España en vigor, según dispone el artículo 36.1 de la LOEX; *los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente*. Tal y como se expuso con anterioridad en la pregunta 3, durante el procedimiento para conseguir el citado permiso,

se incumple uno de los requisitos exigidos legalmente, concretamente el artículo 64.3.b<sup>34</sup> de la LOEX, resultando realmente ineficaz la autorización de trabajo y residencia obtenida por Hamid, a pesar de que, tal y como se desprende del caso, sí lo ha obtenido por lo que podríamos afirmar que nos encontramos ante un caso de obtención de la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena. No obstante, considero que lo correcto sería que Hamid, con la ayuda de Antonio Ramírez iniciase un nuevo procedimiento cumpliendo todos los requisitos exigidos legalmente, ya que, sin la autorización inicial de residencia temporal y trabajo, la condición de Hamid sería de inmigrante ilegal y no tendría cabida en el artículo 35 de la CE, relativo a la protección del trabajador. No obstante, esta no es la conducta seguida, Antonio Ramírez se aprovecha de que Hamid ha obtenido la autorización de manera fraudulenta y no sigue los procedimientos legalmente establecidos.

Por lo que respecta a los trabajadores extranjeros en situación regular, la condición de extranjero en el ordenamiento jurídico español no es equivalente a una situación jurídica uniforme, ni siquiera respecto de aquellas personas de nacionalidad no española que han obtenido las correspondientes autorizaciones de residencia y de trabajo de las Administraciones públicas competentes y que le otorgan la condición de extranjero en situación regular. La situación jurídica concreta es, por tanto, diferente en cada sector del ordenamiento jurídico y es también diferente según la nacionalidad del ciudadano extranjero, puesto que su delimitación depende de las previsiones normativas de carácter general que regulan los derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España y de las reglas recogidas específicamente en los tratados, convenios, acuerdos u otros instrumentos normativos de carácter supranacional celebrados entre el Estado español y otros Estados. Así, en el ámbito de la Seguridad Social son de aplicación a los ciudadanos extranjeros en situación regular, de un lado, las normas previstas con carácter general en la LOEX y la LGSS, con sus disposiciones de desarrollo respectivas, y, de otro lado, las establecidas en los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado español, de modo bilateral con otro Estado y de modo multilateral con diversos países, bien directamente con ellos o promovidos por organismos e instituciones internacionales con competencias normativas. En el primer bloque normativo, integrado por la legislación nacional interna, se establece la regla de equiparación plena entre los ciudadanos españoles y los ciudadanos extranjeros en situación regular, como establece taxativamente la LOEX, al disponer en su artículo 14.1 que *los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*. En relación con el brazo contributivo de la Seguridad Social, esa regla general de equiparación coincide con la establecida por la LGSS que prevé, en el art. 7.1, que se incorporen *en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentre legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes; a) trabajadores por cuenta ajena (...), b) trabajadores por cuenta propia (...); c) socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, d) estudiantes; e) funcionarios públicos, civiles y mercantiles, siempre que se cumplan simultáneamente los requisitos de profesionalidad y territorialidad exigidos por la ley para ostentar la condición de sujeto protegido por el Sistema de Seguridad Social español*. Por el contrario, para el brazo no contributivo el art. 7.3 LGSS señala que *estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, a efectos de prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en el territorio nacional*, por lo que podrá deducirse, como regla general, que los ciudadanos de nacionalidad no española quedarán excluidos del acceso a las prestaciones no contributivas, estando reservadas únicamente para los ciudadanos de nacionalidad española. Sin embargo, acto seguido el art. 7.5 de la LGSS introduce un amplio marco de excepciones, que permiten equiparar, a estos efectos, a

---

<sup>34</sup> En relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar, será necesario que el empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

ciudadanos de determinadas nacionalidades a los españoles. En el segundo bloque normativo, conformado, aparte de los tratados y otros textos internacionales, por el conjunto de convenios aprobados por el Estado español, normalmente no solo se recoge la regla de equiparación plena, sino que, en numerosas ocasiones, se supera, en el sentido de que pueden establecerse condiciones que mejoran o, simplemente, matizan la posición jurídica del trabajador extranjero que se desplaza a España por razones profesionales, sobre la base de la conservación de derechos prevista en dichos convenios bilaterales. (González Ortega Santiago, 2006) página 91 y ss.

Por lo que respecta a los inmigrantes en situación irregular, la exigencia de que el Sistema de Seguridad Social acoja en su ámbito de protección a los trabajadores extranjeros se encuentra, aparte de en textos internacionales y comunitarios ya analizados, en el mandato constitucional de la igualdad y no discriminación establecidos en el art. 14 CE. La STC 95/2000, así como la STC 107/1094, ya diferenciaban entre tres distintos niveles de aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el supuesto de los extranjeros. Niveles que se sustentan en la naturaleza del derecho fundamental a que se haga referencia. De esta forma, se distingue entre los derechos fundamentales disfrutados en condiciones idénticas a los nacionales; los que se reconocen únicamente a los nacionales; y, por último, los que pueden ser disfrutados por los extranjeros “en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto de los nacionales”. En este último nivel es donde se localizan los derechos relacionados con el Derecho del Trabajo y con la Seguridad Social. Por tanto, puede decirse que el extranjero tiene derechos “en virtud de un triple status: como persona, como extranjero residente y como trabajador. trabajadores y asimilados comprendidos en el sistema de Seguridad Social y los empresarios por cuya cuenta trabajen (González Ortega Santiago, 2006) páginas 106 y ss.

### 5.1 ¿El contrato de trabajo efectuado con Antonio Ramírez es eficaz?

Se puede definir contrato, según la Real Academia Española (RAE) como un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Asimismo, el contrato de trabajo aparece definido por la RAE como aquel que tiene por objeto la prestación de un servicio de forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de una tercera persona y dentro de su ámbito de dirección y organización, y otra que recibe los frutos del trabajo, el cual se denomina empleador o empresario. En relación con lo expuesto en el artículo 124 CC se establece que *el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.*

Para que un contrato sea válido debe reunir ciertos elementos. En primer lugar, elementos esenciales, que son aquellos sin los cuales no puede existir el contrato: consentimiento, objeto y causa. En segundo lugar, los accidentales, que son aquellos que expresamente incorporan y establecen al contrato las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Finalmente, los elementos naturales, que son aquellos que normalmente prevé cada tipo de contrato. Es importante detenerse en los elementos esenciales del contrato ya que, sin la concurrencia de los mismos, el contrato no sería válido. De este modo, el consentimiento aparece regulado en el artículo 1262 del CC, en virtud del cual: *el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.* De este modo, para que el contrato sea eficaz, la voluntad (el consentimiento) debe haberse emitido libre y conscientemente, ya que la falta de este requisito determina la aparición de vicios del consentimiento<sup>35</sup>. En cuanto al objeto del contrato, consiste en las obligaciones de las partes, esto es, la conducta en que consiste el cumplimiento. El

---

<sup>35</sup> El artículo 1265 del CC establece *que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.*

objeto del contrato aparece regulado en el artículo 1271 del CC en virtud del cual *pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras (...)* pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. El 1272 CC establece que *no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*. Finalmente, la causa del contrato, que es la función económico-social pretendida por las partes.

Por lo que se refiere a la eficacia del contrato el artículo 1278 del CC establece *que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*.

De este modo, tras lo expuesto y observarse que a priori, se cumplen los elementos exigidos en la ley para que un contrato sea válido y por lo tanto eficaz, el contrato de Hamid goza de eficacia legal.

Analizando la presente cuestión desde el punto de vista del Estatuto del Trabajador, lo relativo al contrato se encuentra regulado en el Capítulo II, de este Capítulo es de importancia el artículo 15.1 en virtud del cual *el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido*. Asimismo, el artículo 17 ET prohíbe cualquier tipo de discriminación en las relaciones laborales por razón de edad, sexo o estado civil, entre otras. Es de importancia el artículo 19 del ET ya que en el mismo se regula lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo indicándose *el trabajador en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (...)*. Reconociéndose de este modo el derecho que tiene al trabajador, en este caso Hamid, a una protección eficaz, pero en ningún caso haciendo referencia a la ineficacia contractual. Lo mismo sucede en el artículo 26 y 27, en donde se hace referencia al salario, en este caso Antonio Ramírez no paga el salario mínimo a Hamid, ya que en el año 2020 era de 950 euros al mes, tal y como se desprende del Real Decreto 231/2020 y en ningún caso se hace referencia a la ineficacia contractual.

De este modo, desde esta perspectiva cabe concluir que el contrato que vincula a Hamid con la empresa de Antonio Ramírez es eficaz, todo ello teniendo en cuenta el posible derecho que nace a favor de Hamid de obtener una serie de indemnizaciones por los incumplimientos de la ley por parte del propietario de la empresa.

## 5.2. ¿Tendría Hamid Meznie derecho a percibir una indemnización por despido?

El artículo 49 del ET establece cuales son los supuestos en los cuales se extinguirá un contrato de trabajo; *a) Por mutuo acuerdo de las partes. b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. c) Por expiración del tiempo convenido. A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación*. Por su parte, el artículo 52 del mismo cuerpo legal, establece cuando un contrato ha de extinguirse por causas objetivas; *a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento. b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación. c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado. d)*

*En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.* Asimismo, el artículo 54 regula los supuestos en los cuales podrá extinguirse el contrato por decisión del empresario, mediante un despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. A lo expuesto se ha de añadir que el contrato de Hamid era indefinido, tal y como recoge el caso y el artículo 15.1<sup>36</sup> del ET. De este modo, se puede observar que no concurre ninguna de las causas previstas en la ley para la extinción del contrato, a lo que hay que añadir que el contrato de Hamid es indefinido.

Hamid Meznie fue despedido de la empresa para la cual trabajaba, propiedad de Antonio Ramírez, el 1 de enero de 2022 por formalización de un ERE, regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Un ERE (Expediente de Regulación de Empleo), según el Ministerio de Trabajo, es el procedimiento administrativo-laboral de carácter especial dirigido a obtener de la Autoridad Laboral competente autorización para suspender o extinguir las relaciones laborales cuando concurren determinadas causas y garantizando los derechos de los trabajadores. Aclara el Ministerio de Hacienda, que en función de la medida que la empresa quiera adoptar, se distinguen tres tipos de ERE;

- ERE de extinción: Supone el cese definitivo de la relación laboral entre la empresa y algunos de sus trabajadores. Es conocido como despido colectivo.
- ERE de suspensión: La empresa suspende de manera temporal la relación laboral con todos o parte de los trabajadores.
- ERE de reducción: La empresa reduce la jornada de trabajo de los trabajadores afectados.

En el presente caso, nada se dice sobre el tipo de ERE, por lo que considero que Antonio Ramírez hizo un ERE de extinción.

En el artículo 51 del ET se recoge el procedimiento a seguir por el empresario que desea hacer un ERE. De este modo la indemnización que corresponde a Hamid sería de 20 días por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades. La jurisprudencia reconoce el derecho que tiene un trabajador al cual se le ha incluido en un ERE a recibir una indemnización, como se puede observar en la STSJNA 252/2020 de 14 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJNA:2020:536). Asimismo en la STS de 29 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:5820) se acordó que el trabajador extranjero, que carecía de permiso de trabajo y residencia si tenía derecho a la aplicación efectiva del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, el Tribunal acordó que en los casos de despido, no existe la posibilidad de readmitir al extranjero que carezca de permiso de residencia de modo que se abre la puerta a la posibilidad de obtener de manera efectiva una indemnización por despido. El Tribunal Supremo establece que la ausencia del permiso de residencia es causa de despido objetivo, de modo que se debe indemnizar al trabajador por la extinción del contrato.

Por otro lado, considero que se podría establecer una vía mas para obtener una indemnización. Si se tiene en cuenta que el despido a Hamid se produce sin concurrir ninguna de las causas previstas en la ley, el propio Hamid podría iniciar un procedimiento para que el despido sea declarado improcedente y de este modo, obtener una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, tal y como establece el artículo 56 del ET. El despido improcedente se da en los casos en los cuales el empresario no ha cumplido los requisitos legales ni existe un motivo que justifique el despido.

---

<sup>36</sup> *El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido.*

## V. CONCLUSIONES FINALES;

Una vez analizadas las cuestiones del presente caso, resulta probado que Carlos Basalo, propietario de CONSTRUCTORAS BASALO, S.L.U. y su colaborador que se dedicaba a captar compatriotas en Marruecos, Isak Méndez, cometen un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal regulado en el artículo 318 bis del CP, así como un delito de estafa regulado el tipo básico en el artículo 248 del CP y los subtipos agravados en el artículo 250 del CP. Por otro lado, resultó debidamente probado como Marta Canuria, pareja sentimental de Carlos Basalo y propietaria de la sociedad LIMPIEZA A LA CARTA, S.L.U. es cómplice de los delitos cometidos por Carlos Basalo e Isak Méndez al colaborar con los mismos de manera no esencial, enviando ofertas falsas de empleo a nombre de su sociedad. Las conductas expuestas anteriormente no se encuentran agravadas ni atenuadas por concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Si bien existen infracciones administrativas que sancionan las presentes conductas. No obstante, las mismas no resultan de aplicación ya que en el Ordenamiento Jurídico Español se recoge, por un lado, la primacía del Derecho Penal respecto de otras ramas del derecho, y por otro lado, que un hecho no puede ser enjuiciado dos veces.

En relación con el envío de las ofertas falsas de empleo, tanto desde la empresa de Carlos Basalo como desde la empresa de Marta Canuria, ambas tenían el domicilio social en León por lo que el Juzgado al cual le corresponde la competencia territorial, es el de León. Para el caso en el cual las solicitudes se hubiesen presentado ante la Subdelegación de Gobierno de Valladolid, la competencia correspondería a los Juzgados en donde se encuentra el domicilio social, es decir, León o por otro lado, los Juzgados en donde se hubiesen presentado las solicitudes, es decir, Valladolid. Por lo que a priori teniendo los dos juzgados competencia será finalmente competente el Juzgado del lugar en donde se denuncien los hechos. Tal y como se expuso con anterioridad, tendrá legitimación activa, es decir, serán parte demandante los trabajadores marroquíes afectados, pudiendo serlo también el MF y tendrá legitimación pasiva, es decir, serán parte demandada, Carlos Basalo, Isak Méndez y Marta Canuria.

Una vez los inmigrantes marroquíes llegan a España, convencidos de que ocuparán un puesto de trabajo de manera efectiva tanto en la empresa de Carlos Basalo como en la de Marta Canuria se encuentran con que lo que realmente sucede no es eso, sino que llegaron a España y tuvieron que encontrar por sus propios medios otro trabajo para poder sobrevivir. Esta conducta seguida por Carlos Basalo incumple uno de los requisitos exigidos en el procedimiento de obtención de la autorización inicial de trabajo y residencia, por lo que se puede afirmar que los marroquíes obtienen la autorización de manera fraudulenta. De este modo, dicha autorización tendrá la eficacia legalmente establecida, siendo de un año tal y como se recoge en el Reglamento de la LOEX, debiendo, tras el paso de dicho año, subsanar errores y cumplir absolutamente todos los requisitos para que sea eficaz legalmente.

Hamid Meznie, víctima de la conducta seguida por Carlos Basalo, Isak Méndez y Marta Canuria, llegó a territorio español y tuvo que buscarse empleo por sus propios medios. Antonio Ramírez propietario de una sociedad en Zaragoza dedicada al sector agropecuario FINCA RAMIREZ, S.L.U. ofreció un puesto de trabajo como ganadero a Hamid. Quedó debidamente probado y acreditado como la conducta seguida por Antonio Ramírez encaja plenamente en los artículos 311 del CP, aprovechándose de su situación de superioridad y 316 CP, es decir, dos delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores. Asimismo, tras realizar un análisis pormenorizado de legislación, jurisprudencia y doctrina se puede confirmar de manera efectiva el rango probatorio del acta de inspección de trabajo, así como la presunción de certeza de la que gozan los inspectores laborales. Debido a la conducta seguida por Antonio Ramírez, Hamid tendría derecho a una indemnización desde dos puntos de vista, por un lado, tras el análisis del CC y lo relativo al contrato, Hamid tendría derecho a una indemnización debido al incumplimiento contractual por parte de Antonio Ramírez en relación con los riesgos laborales, ya que está obligado por ley. Y por otro lado, Antonio Ramírez

tendría derecho a la responsabilidad civil derivada del delito, en este caso delitos, cometidos por Antonio Ramírez, que podría tener la condición de indemnización.

A pesar de que, tal y como se expuso con anterioridad, la autorización de trabajo y residencia es fraudulenta, tiene eficacia legal, por lo que nada impide que el contrato formalizado entre Antonio Ramírez y Hamid no sea legal y eficaz, tal y como se desprende del Estatuto de los Trabajadores. En cuanto al despido de Hamid, se produjo a través de un ERE por lo que la propia ley recoge la cantidad que le corresponde al trabajador despedido mediante un ERE a modo de indemnización.

## VI. BIBLIOGRAFÍA;

AGUELO NAVARRO, PASCUAL, CHARO BAENA, PILAR 2013. *Comentarios a la Ley de Extranjería (Madrid)*. Ed; Colex. Página 298.

ARMENTA DEU, TERESA, 2010. *Lecciones de Derecho Procesal Penal (Madrid, Barcelona, Buenos Aires)*. Ed; Marcial Pons

ASENCIO MELLADO, JOSE MARÍA, 2012. *Derecho procesal penal (Valencia)*. Ed; Tirant lo Blanch.

CEINOS SUÁREZ, ÁNGELES, 2022. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Oviedo)* Ed; Aranzadi.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, MIR PUIG, SANTIAGO, 2015. *Comentarios al Código Penal (Valencia)* Ed; Tirant lo blanch.

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, 2020. *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social (Valencia)*. Ed; Tirant lo Blanch.

DÍAZ RODRÍGUEZ, JUAN MANUEL, 2016. *Tratado práctico sobre la Inspección de Trabajo (Navarra)*. Ed; Thomson Reuters.

GADEA FRANCÉS JOAQUÍN, ELIAS, 2022. *El artículo 318 del Código Penal y la irresponsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra los derechos de los trabajadores, asociación profesional de la magistratura (Madrid)*.

GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, 2006. *Protección social de los trabajadores extranjeros (Sevilla)*. Ed: Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ LABRADA, MANUEL, GARCIA MURCIA, JOAQUIN, 2016. *La inspección de trabajo, regulación española y perspectiva internacional (Valencia)*. Ed; Thomson Reuters Aranzadi.

GRANADOS PEÉREZ, CARLOS, 2010. *Responsabilidad civil ex delicto (Madrid)*. ED; LA LEY

JUANES PECES, ÁNGEL, 2019. *Código penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias (Madrid)*. Ed; Lefebvre

LAHERA FORTEZA, JESUS, 2014. *Artículo 42 LPR, Responsabilidades y su Compatibilidad*. Universidad Complutense de Madrid.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA, 2005. *Las consecuencias jurídicas del delito (Navarra)*. Ed; Aranzadi S.A.

RODRÍGUEZ FERNANDEZ, RICARDO, 2004. *El procedimiento penal abreviado y los juicios rápidos (Granada)*. Ed; Comares.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, MARTÍNEZ GUERRA, AMPARO, 2009. *Código penal comentado y con jurisprudencia*, Ed; La ley grupo Wolters Kluwer, Madrid

ROMA VALDÉS, ANTONIO, 2015. *Código penal comentado (Barcelona)*. Ed; Bosch

SALA FALCÓ, TOMÁS, 2022. *Derecho de la prevención de riesgos laborales (Valencia)* Ed; Tirant lo Blanch.

VALLE MUÑÍZ, JOSE MANUEL, 2008. *Comentarios al Código Penal (Lérida)* Ed: Aranzadi, S.A.U.

## VII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL;

Sentencias Tribunal Constitucional:

STC 76/1990 de 26 de abril

Auto Tribunal Supremo:

ATS 311/2015 de 26 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1785A)

ATS 70/2021 de 18 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2680A)

Sentencias Tribunal Supremo:

STS de 29 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:5820)

STS 210/2007 de 15 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1480)

STS 713/2007 de 27 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4496)

STS 128/2008 de 23 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:128)

STS 36/2008 de 31 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS 2008:1027)

STS 544/2009 de 20 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3355)

STS 772/2009 de 3 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4701)

STS 518/2010 de 17 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2788)

STS 985/2011 de 28 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6105)

STS 395/2014 de 13 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2114)  
STS 646/2015 de 20 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4501)  
STS 307/2016 de 13 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1839)  
STS 639/2017 de 29 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3389)  
STS 656/2017 5 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3565)  
STS 2403/2018 de 31 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2403)  
STS 177/2019 de 30 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:177)  
STS 554/2019 de 13 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3702)  
STS 77/2020 de 25 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:657)

Sentencias Tribunales Superiores de Justicia:

STSJCL 307/2014 de 22 de enero de 2014 (ECLI:ES:TSJCL:2014:307)  
STSJCL 67/2015 de 27 de Marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:TSJCL:2015:1220)

Sentencias Audiencia Provincial:

SAP MA 486/2013 de 31 de julio de 2013 (ECLI:ES:APMA:2013:3218)

## VIII. APÉNDICE LEGISLATIVO;

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Constitución Española, 1978.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 31/1995, 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

Ley Orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.