



**UNIVERSIDAD DE MURCIA**  
**ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO**

**Conceptualización Jurídico-Laboral del Tráfico  
Ilegal de Mano de Obra**

**D. Antonio Megías Bas**

2020





# UNIVERSIDAD DE MURCIA

## ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Conceptualización jurídico-laboral del  
tráfico ilegal de mano de obra

Doctorando:

D. Antonio Megías Bas

Dirigida por:

Dr. D. Faustino Cavas Martínez

Dra. D<sup>a</sup>. María del Carmen López Aniorte

2020



A mi padre, mi hermano, mi hermana y, especialmente, a mi madre, mi maestra.

A mi director y directora, por sus orientaciones y ayuda.

Al profesorado y al personal de administración y servicios que me ha apoyado en esta etapa.

A quienes han colaborado en esta investigación, especialmente, a Francisca José Serrano Pastor, Arianna B. Giorgi, Javier Jiménez Victoria, José López Juárez, Josefa Muñoz Ruiz y Manuel Ruiz Jiménez.

A mis amigos Pedro Guirao Soriano, José Mercé Baraza y Emilio Romero González.

A José Alfonso Alemán Martínez y Pedro Antonio Parra Barrios, por hacer posible que tenga otra oportunidad.



## ABREVIATURAS

<b>ADC</b>	Análisis de Datos Cualitativos
<b>AMI</b>	Acuerdo Marco Interprofesional
<b>ANE</b>	Acuerdo Nacional sobre Empleo
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>APP</b>	Aplicación dispositivo móvil
<b>APIE</b>	Agrupaciones Portuarias de interés Económico
<b>Art.</b>	Artículo
<b>BDEF</b>	Brigada de Delincuencia Económica y Fiscal
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCAA</b>	Comunidad Autónoma
<b>CCNCC</b>	Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
<b>CCOO</b>	Comisiones Obreras
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEOE</b>	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
<b>CEPYME</b>	Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa
<b>CES</b>	Consejo Económico y Social
<b>CETM</b>	Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar
<b>Cit.</b>	Ópere citato (lat.: 'en la obra citada')
<b>Cfr.</b>	Cónfer (lat.: 'compara'; equivale a compárese)
<b>CNP</b>	Cuerpo Nacional de Policía
<b>CP</b>	Código Penal

<b>CPE</b>	Centros Portuarios de Empleo
<b>EPA</b>	Encuesta de Población Activa
<b>ESPO</b>	Organización Europea de Puertos Marítimos
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores
<b>ETF</b>	Federación de Trabajadores del Transporte Europeo
<b>ETT</b>	Empresa de Trabajo Temporal
<b>EEUU</b>	Estados Unidos de América
<b>FEPOR</b>	Federación de la Empresa Privada Europea de Operadores Portuarios
<b>FJ.</b>	Fundamento Jurídico
<b>FFCCSSEE</b>	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
<b>GC</b>	Guardia Civil
<b>IDC</b>	Consejo Internacional de Estibadores
<b>INE</b>	Instituto Nacional de Estadística
<b>INEM</b>	Instituto Nacional de Empleo
<b>ITSS</b>	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
<b>LBE</b>	Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo
<b>LEmp.</b>	Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo
<b>LETT</b>	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal
<b>LGSS</b>	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



<b>LISOS</b>	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
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOSITSS</b>	Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social
<b>LPEMM</b>	Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
<b>LPL</b>	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
<b>LRL</b>	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales
<b>LRML</b>	Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral
<b>LRJS</b>	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
<b>OCDE</b>	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo
<b>OTP</b>	Organización de Trabajos Portuarios
<b>PODS</b>	Protocolo de Observación Documental Sistemático
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RD-L</b>	Real Decreto-ley
<b>RDAC</b>	Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación
<b>RDLFO</b>	Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación

<b>RDLRT</b>	Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo
<b>SA</b>	Sociedad Anónima
<b>SAGEP</b>	Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios
<b>SAN</b>	Sentencia Audiencia Nacional
<b>SAP</b>	Sentencia Audiencia Provincial
<b>SEPE</b>	Servicio Público de Empleo Estatal
<b>SISS</b>	Sección de Investigación de la Seguridad Social
<b>SNE</b>	Sistema Nacional de Empleo
<b>SPECCAA</b>	Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma
<b>STC</b>	Sentencia Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
<b>STJUE</b>	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TFUE</b>	Tratado Fundacional de la Unión Europea
<b>TIC</b>	Tecnologías de la Información y de la Comunicación
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>UDEF</b>	Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>UGT</b>	Unión General de Trabajadores
<b>UH</b>	Unidad Hermenéutica

## ÍNDICE

<b>RESUMEN .....</b>	<b>16</b>
<b>SINTESI .....</b>	<b>18</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>20</b>
<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>52</b>
<b>OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>82</b>
<b>CAPÍTULO I: CUESTIONES METODOLÓGICAS .....</b>	<b>84</b>
<b>1. Enfoque y diseño de la investigación .....</b>	<b>85</b>
<b>2. Participantes y contexto .....</b>	<b>93</b>
<b>3. Recogida de información: instrumentos y procedimientos.....</b>	<b>97</b>
3.1 Instrumentos y procedimiento .....	98
3.2 Plan de tratamiento y análisis de la información.....	104
<b>4. Presentación y discusión de los resultados .....</b>	<b>113</b>
4.1 Análisis de los resultados cuantitativos: sentencias.....	113
4.1.1 Análisis estadístico con SPSS .....	119
4.1.1. Matriz completa de correlaciones.....	119
4.1. 2. Matriz de correlaciones significativas .....	121
4.2. Análisis de los resultados cualitativos: entrevistas .....	124
<b>CAPÍTULO II: LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO LABORAL</b>	
<b>ESPAÑOL .....</b>	<b>136</b>
<b>I. El paulatino proceso de liberalización del mercado laboral español y la</b>	
<b>indemnidad de la relación laboral .....</b>	<b>140</b>
<b>1. El nacimiento del Sistema Nacional de Empleo: antecedentes remotos .....</b>	<b>140</b>
<b>2. Breve descripción de las crisis económicas y de las reformas del mercado de trabajo</b>	
<b>en España.....</b>	<b>147</b>
2.1 Las reformas laborales: la Transición Democrática.....	148
2.2 Los años 80 y el “derecho de la crisis” .....	151
2.3 La reforma del Gobierno del Partido Socialista Obrero Español de 1994 y la del Partido	
Popular de 1997 .....	157
2.3.1 La reforma del Partido Socialista Obrero Español de 1994.....	157
2.3.2 La reforma del Partido Popular de 1997.....	160

2.4 Las reformas laborales del Partido Popular en 2001, 2002 y 2003 .....	161
2.5 La reforma laboral del Partido Socialista Obrero Español de 2006.....	162
2.6 Las reformas del Partido Socialista Obrero Español de 2010 .....	163
2.7 Las reformas laborales del Partido Popular durante el periodo 2012-2018.....	165
2.8 Las reformas del Partido socialista Obrero Español 2018-2019.....	168
2.8.1 La reforma del trabajo portuario: breve comentario .....	168
2.8.2 El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 .....	168
<b>II. La intermediación laboral en el mercado de trabajo español .....</b>	<b>171</b>
<b>1. El Sistema Nacional de Empleo .....</b>	<b>171</b>
1.1 Introducción .....	171
1.2 El Sistema Nacional de Empleo en la Ley de Empleo 3/2015: Concepto, instrumentos, principios y funciones.....	172
<b>2. Los agentes de intermediación laboral .....</b>	<b>175</b>
2.1 La liberalización de la intermediación laboral: el fin del monopolio público .....	175
2.2 Concepto y principios básicos de la intermediación laboral.....	177
2.3 Agentes de intermediación laboral.....	179
2.3.1 Servicios Públicos de Empleo: estatal y autonómicos .....	179
2.3.2 Agencias de colocación.....	180
2.3.2.1 Obligaciones de las agencias de colocación.....	181
2.3.2.2 Seguimiento y evaluación.....	184
2.4 Las Empresas de Trabajo Temporal como agencias de colocación.....	185
2.5 Las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo.....	186
<b>3. Vías telemáticas de intermediación laboral .....</b>	<b>190</b>
3.1 Presentación.....	190
3.2 La intermediación laboral a través de sitios web del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social .....	191
3.2.1 El obsoleto portal web del Sistema Nacional de Empleo.....	191
3.2.2 El Servicio Público de Empleo Estatal: el portal de empleo Empléate.....	194
3.3 Las ofertas de empleo internacionales a través de portales web: especial referencia a las ofertas internacionales del portal del Servicio de Empleo Público Estatal .....	196
3.4 Nuevos actores en el mercado laboral digital: las apps de intermediación laboral.....	197
3.5 Seguridad y sistemas de información: el Real Decreto-ley 12/2018.....	200
3.6 Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones .....	203

<b>III Infracciones en materia de intermediación laboral susceptibles de tráfico ilegal de mano de obra .....</b>	<b>206</b>
<b>1. La intermediación laboral en el orden social.....</b>	<b>206</b>
<b>2. La protección legal de la intermediación laboral .....</b>	<b>208</b>
<b>3. Infracciones en materia de intermediación laboral susceptibles de ser perseguidas penalmente por tráfico ilegal de mano de obra.....</b>	<b>215</b>
3.1 Planteamiento .....	215
3.2 La responsabilidad por infracciones en materia de empleo.....	216
3.3 Análisis jurisprudencial de la intermediación laboral en España en referencia al delito de tráfico ilegal de mano de obra: el cobro por los servicios de intermediación a las personas trabajadoras.....	217
<b><i>CAPÍTULO III: LA CESIÓN DE PERSONAS TRABAJADORAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL .....</i></b>	<b>220</b>
<b>1. Acercamiento a la realidad objeto de estudio: cesión ilegal versus cesión legal de personas trabajadoras .....</b>	<b>220</b>
<b>2. La cesión legal de mano de obra a través de las empresas de trabajo temporal....</b>	<b>233</b>
2.1. Concepto y régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal .....	233
2.2 Régimen sancionador.....	236
<b>3. El uso fraudulento de las contrata y subcontratas.....</b>	<b>240</b>
3.1 Planteamiento general.....	240
3.2 Empresas de servicios: aproximación inicial.....	247
3.3 El uso abusivo o desviado de las empresas de servicios y multiservicios.....	248
<b>4. Estudio de dos supuestos específicos de cesión ilegal .....</b>	<b>255</b>
4.1 El intercambio de servicios amistosos en el campo y su límite con la cesión ilegal de mano de obra .....	255
4.1.1 Consideraciones previas .....	256
4.1.2 El intercambio amistoso de servicios en el campo: problemática y límite respecto de la cesión ilegal de mano de obra .....	259
4.1.2.1 Las empresas de servicios agrícolas .....	261
4.1.2.2. Las empresas de trabajo temporal en el sector agrario .....	263
4.2 La transformación de la relación laboral de la estiba portuaria: del monopolio a la liberalización en la contratación de mano de obra .....	266
4.2.1 Contexto y evolución de la estiba portuaria en España.....	266
4.2.2 El trabajo de estiba: régimen jurídico español.....	272

4.2.3 De las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios a los Centros Portuarios de Empleo.....	277
<b>5. Efectos de la cesión ilegal con particular atención al régimen sancionador .....</b>	<b>281</b>
<b><i>CAPÍTULO IV: LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA .....</i></b>	<b><i>290</i></b>
<b>1. El tráfico ilegal de mano de obra como efecto de la globalización y de la descentralización productiva .....</b>	<b>290</b>
<b>2. Tratamiento jurídico-penal del tráfico ilegal de mano de obra.....</b>	<b>296</b>
2.1 Acercamiento al delito de tráfico ilegal de mano de obra contemplado en el artículo 312.1 del código penal.....	296
2.2 Delimitación de los sujetos activo y pasivo del delito de tráfico ilegal de mano de obra .	304
2.3 Conducta típica: traficar de manera ilegal con mano de obra.....	306
2.4 Análisis jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas del tipo .....	312
<b>3. Delimitación del tráfico ilegal de mano de obra del 312.1 del Código Penal y la trata de seres humanos con fin de explotación laboral del 177 bis del Código Penal .....</b>	<b>319</b>
3.1 Marco general.....	319
3.2 Aproximación a los tipos penales: especial referencia a las conductas típicas.....	321
<b>4. El Estado español ante el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social .....</b>	<b>328</b>
4.1 Cuestiones generales .....	328
4.2 Órganos que intervienen en la lucha contra el tráfico ilegal de mano de obra y el empleo irregular .....	330
4.2.1 La Inspección de Trabajo.....	330
4.2.2 El Ministerio Fiscal.....	334
4.2.3 Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: especial referencia a la Policía Judicial	337
4.3 El Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, de 27 de abril de 2012.....	340
4.3.1 El Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social de 2013.....	342
4.3.2 Evolución en el Convenio interministerial de colaboración: comparación 1994-2013 .....	346
4.4 Convenios de colaboración entre los Ministerios de Interior y de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para la persecución del fraude y la delincuencia económica en el ámbito de la Seguridad Social .....	351
4.4.1 El Convenio de 2015: refuerzo de la cooperación interministerial.....	351

4.4.2 El Convenio de 2019: mantenimiento de la protección de los intereses económicos de las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social ..... 360

4.3 El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020: especial referencia a la lucha contra el fraude a la Seguridad Social ..... 361

**5. La formación de profesionales referida en los convenios interministeriales como vía para una lucha efectiva contra las infracciones jurídico-laborales: especial referencia a la policía judicial ..... 363**

***CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....372***

***CONCLUSIONI E PROPOSTE .....380***

***BIBLIOGRAFÍA.....388***





## RESUMEN

Esta investigación parte del estudio de la conceptualización realizada por la doctrina iuslaboralista y de la jurisprudencia sobre cesión ilegal o tráfico prohibido de mano de obra (art. 43. 2, 3 y 4 ET). La doctrina iuslaboralista afirma que dicho ilícito puede ser perseguido penalmente por el delito de tráfico ilegal de mano de obra, tipificado en el art. 312.1 del Código Penal. Por su parte, para la doctrina científica penal, el delito de tráfico ilegal de mano de obra sanciona, además de la cesión ilegal de mano de obra, la colocación al margen de los mecanismos legales.

En lo que se refiere al criterio interpretativo de los órganos judiciales en la materia, se constata que existe jurisprudencia laboral referida a los ilícitos que contempla el tipo penal, pero que no existe jurisprudencia penal. Analizamos esta problemática con el fin de encontrar respuestas y aportar soluciones.

La presente investigación tiene como objeto de estudio determinar qué es el tráfico ilegal de mano de obra, en un mundo globalizado donde la descentralización productiva es un fenómeno generalizado, para disponer de unas pautas que permita, a los operadores jurídicos, delimitar claramente la conducta típica de dicho delito, para poder perseguirlo y sancionarlo adecuadamente. Se pretende ensamblar dos disciplinas del ordenamiento jurídico español, la laboral y la penal, respecto de una materia, el tráfico ilegal de mano de obra, en el entendimiento de que este protege un conjunto de intereses que afectan a la indemnidad de la relación laboral, que ha de contar con una protección efectiva por parte de los ordenamientos laboral y penal, dada su relevancia para mantener el “Estado de bienestar”. Intermediar laboralmente, de forma ilegal, incide de manera directa e indirecta en el mercado laboral, así como en los derechos de las personas trabajadoras, ya que se rompe la confianza e integridad de las relaciones laborales por la irrupción de un nuevo actor que interfiere fraudulentamente en la relación laboral. Es preciso contextualizar, por tanto, el presente trabajo en el marco de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho, en los términos del art. 1.1. de nuestra Carta Magna.

Para llevar a cabo el objetivo anteriormente mencionado, acudimos a la doctrina iuslaboralista y penal que analizan el tráfico ilegal de mano de obra y a

las resoluciones sobre tráfico ilegal de mano de obra, colocación al margen de los mecanismos legales (intermediación laboral sin comunicar la actividad al servicio de empleo correspondiente) y cesión ilegal de mano de obra, utilizando una metodología mixta cuantitativa y cualitativa, por su contribución científica para el estudio de hechos jurídicos y las consecuencias sobre las personas, en nuestro caso, relacionadas con el Derecho laboral, pues, para el análisis de las nuevas realidades y retos académicos a los que nos enfrentamos en una sociedad globalizada, que es cambiante e interdependiente, se hace imprescindible la complementariedad metodológica.

Los datos obtenidos de las sentencias hacen que nos cuestionemos lo siguiente: si en 2010 se introduce en el CP el artículo 177 bis sobre trata de personas, donde uno de sus fines es la explotación laboral, ¿por qué no se persigue adecuadamente el tráfico ilegal de mano de obra contemplado en el art. 312.1 CP? Con objeto de encontrar respuestas, decidimos realizar entrevistas a profesionales relacionados, de una u otra manera, con el tráfico ilegal o prohibido de mano de obra. Para ello, recurrimos a la metodología cualitativa, perspectiva humanístico-interpretativa, de base naturalista-fenomenológica (paradigma interpretativo), es decir, nos centramos en el conocimiento de la realidad y de las posibles causas que han propiciado que sea como se nos presenta en el momento actual.

Finalizamos la tesis doctoral con las conclusiones, entre las que cabe destacar que se ha constatado la inadecuada aplicación del precepto penal objeto de análisis, lo que ocasiona que, de facto, no exista ninguna sentencia donde se condene por un supuesto agravado de cesión ilegal de mano de obra o de la intermediación irregular, ya que la jurisprudencia penal interpreta que en el tráfico ilegal de mano de obra existe explotación de la persona trabajadora, lo que se aleja de los incumplimientos descritos en los preceptos laborales examinados (arts. 5.c) RDAC y arts. 7.1.b) y 33.4.b) LEmp, en materia de intermediación laboral irregular; y, art. 43 ET, respecto del tráfico prohibido de mano de obra), así como de la propia legislación penal, que dispone de un precepto, el 177 bis CP, sobre trata de seres humanos, que tiene entre sus fines perseguir la explotación laboral.

## SINTESI

Questa ricerca parte dallo studio della dottrina della concettualizzazione realizzata dalla dottrina iuslaboralista e dalla giurisprudenza sulla cessione illegale o traffico proibito di manodopera (art. 43. 2, 3 e 4 ET). La dottrina iuslaboralista afferma che tale illecito può essere perseguito penalmente per il reato di traffico illegale di manodopera, descritto nell'art. 312.1 del codice penale. Da parte sua, per la dottrina scientifica penale, il reato di traffico illegale di manodopera sanziona, oltre alla cessione illegale di manodopera, la collocazione al di fuori dei meccanismi legali.

Per quanto riguarda il criterio interpretativo degli organi giudiziari in materia, si constata che esiste una giurisprudenza del lavoro relativa agli illeciti che contempla il tipo penale, ma che non esiste una giurisprudenza. Analizziamo questa problematica per trovare risposte e apportare soluzioni.

Il presente studio ha lo scopo di studiare che cosa è il traffico illegale di manodopera, in un mondo globalizzato in cui il decentramento produttivo è un fenomeno diffuso, per disporre di modelli che permettano, agli operatori giuridici, delimitare chiaramente l'ipotesi di fatto di tale reato, in modo da poterlo perseguire e sanzionare adeguatamente. Si intende riunire due discipline dell'ordinamento giuridico spagnolo, quella del lavoro e quella penale, per quanto riguarda una materia, il traffico illegale di manodopera, fermo restando che quest'ultimo protegge l'indennità dal rapporto di lavoro, che deve essere effettivamente tutelata dall'ordinamento del lavoro e penale, data la sua importanza ai fini del mantenimento dello Stato assistenziale. L'intermediazione sul posto di lavoro, in modo illegale, incide direttamente e indirettamente sul mercato del lavoro e sui diritti delle persone che lavorano, poiché distrugge la fiducia e l'integrità dei rapporti di lavoro, per l'irruzione di un nuovo attore che interferisce fraudolentemente nel rapporto di lavoro. Occorre quindi contestualizzare il presente lavoro nel quadro delle esigenze dello Stato sociale e democratico di diritto, nei termini dell'art. 1.1. della nostra Magna Carta.

Per realizzare l'obiettivo di cui sopra, ricorriamo alla dottrina giuridica e penale che analizza il traffico illegale di manodopera e alle risoluzioni sul traffico illegale di manodopera, collocazione al di fuori dei meccanismi legali (intermediazione

del lavoro senza comunicare l'attività al servizio di collocamento competente) e cessione illegale di manodopera, utilizzando una metodologia quantitativa e qualitativa mista, per il loro contributo scientifico allo studio di fatti giuridici e le conseguenze per le persone, nel nostro caso, legate al diritto del lavoro, Infatti, per l'analisi delle nuove realtà e sfide accademiche che ci troviamo ad affrontare in una società globalizzata che è mutevole e interdipendente, diventa indispensabile la complementarità metodologica.

I dati ricavati dalle sentenze sollevano dubbi sul fatto che, se nel 2010 sarà introdotto nel CP l'articolo 177 bis sulla tratta di esseri umani, il cui obiettivo è lo sfruttamento del lavoro, Perché il traffico illegale di manodopera di cui al l'art. 312.1 CP? Al fine di trovare risposte, abbiamo deciso di intervistare i professionisti coinvolti, in un modo o nell'altro, nel traffico illegale o proibito di manodopera. A tal fine, ricorriamo alla metodologia qualitativa, prospettiva umanistico-interpretativa, di base naturalista-fenomenologica (paradigma interpretativo) In altre parole, ci concentriamo sulla conoscenza della realtà e delle possibili cause che hanno portato alla sua realizzazione in questo momento.

Concludiamo la presente tesi di dottorato con le conclusioni della stessa, tra le quali va sottolineato che è stata constatata l'inadeguata applicazione del precetto penale oggetto di analisi, il che comporta, de facto, non vi sia alcun reato che sia il tipo aggravato di cessione illegale di manodopera o di intermediazione irregolare, poiché la giurisprudenza penale interpreta lo sfruttamento della persona lavoratrice nel traffico illegale di manodopera, il che si allontana dagli inadempimenti descritti nelle norme di lavoro esaminate (art t. 5.c) RDAC e art. 7.1, lettera b) e 33.4, lettera b) Lemp, in materia di intermediazione irregolare del lavoro; e, art. 43 ET, per quanto riguarda il traffico proibito di manodopera), nonché la stessa legislazione penale, che dispone di un precetto, il 177 bis CP, sulla tratta degli esseri umani, che ha tra l'altro lo scopo di perseguire lo sfruttamento del lavoro.

## INTRODUCCIÓN

Las empresas, por causas económicas, organizativas o productivas, descentralizan su producción y, en ocasiones incluso, la deslocalizan buscando una mayor rentabilidad económica en países con baja protección laboral, generando, eventualmente, situaciones de dumping social<sup>1</sup>. Las zonas geográficas abandonadas por las empresas ven incrementada la tasa de desempleo, así como el riesgo de exclusión social y, por tanto, los niveles de pobreza, lo que ha de ser paliado con políticas sociales<sup>2</sup>. Por otro lado, las unidades productivas descentralizadas suelen ofrecer, por distintas circunstancias -estén deslocalizadas o no- condiciones laborales precarias a las personas que emplean<sup>3</sup>. En fin, por un motivo u otro, la descentralización productiva y, en su caso, la deslocalización de las empresas, son susceptibles de afectar negativamente al nivel de empleo y a las condiciones laborales.

Es, precisamente, el estado de vulnerabilidad en el que se encuentran las personas sin empleo y en riesgo de exclusión social, lo que las convierte en eventuales víctimas de irregularidades de “distinta intensidad”, tales como el

---

<sup>1</sup> Esta situación se manifiesta, por ejemplo, a través de las denominadas “empresas maquiladoras” (las “maquiladoras”, originadas en México, son empresa que importan materiales sin pagar aranceles y comercializan sus productos en el país de origen de la materia prima), que son utilizadas en las estrategias descentralizadoras de los países desarrollados para abaratar costes laborales. Su impacto en países menos desarrollados, como es el caso de los países centroamericanos, ha tenido efectos negativos sobre las condiciones laborales. En este sentido, GOLDIN, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (dirs.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 30; GOLDIN, A., *La libertad sindical y las iniciativas voluntarias; el caso de Jerzees de Honduras*, en GORELLI HERNANDEZ, J., (coord.), *El Derecho a la negociación colectiva” Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Colección Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, Sevilla, 2014, p. 191.

<sup>2</sup> En este sentido, consideramos, como ha manifestado la doctrina científica, “que el trabajo coincide con la misma personalidad humana, no existe acto ni situación en que ésta se halle empeñada que no origine un problema del trabajo”, en DE RUGGIERO, G., *El concepto del trabajo y su génesis histórica*, La Pleyade, Buenos Aires, 1973, p. 97.

<sup>3</sup> Algunos autores hablan de “pobreza laboriosa” al referirse a la degradación de las condiciones laborales provocada por la descentralización productiva. Véase: RODRIGUEZ-PIÑERO y B RAVO-FERRER, M., “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo, *Relaciones Laborales*, nº.2, 2009, p. 27; MARTINEZ MORENO, C. “El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno”, en MORENO I GENÉ, J. (dir.), FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2017, pp. 181-216; MONEREO PEREZ, J. L., “La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 2, 2016, p. 116.

fraude en la contratación laboral o la cesión ilegal de mano de obra, y, en los casos más graves, en víctimas de delitos contra los derechos de las personas trabajadoras, como lo es el tráfico ilegal de mano de obra; situaciones contra las que se ha de actuar, en la medida en que afectan a los derechos de las personas trabajadoras y, además, repercuten en las arcas del Estado, que son el soporte del Estado de bienestar.

Esta investigación se basa en el análisis de documentos jurídicos, partiendo del estudio realizado por la doctrina científica laboral y de la jurisprudencia sobre cesión ilegal de mano de obra o tráfico prohibido de mano de obra, contemplada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET). La comunidad científica laboral defiende que, en su versión agravada, tal ilícito puede ser perseguido penalmente por tráfico ilegal de mano de obra, delito tipificado en el art. 312.1 del Código Penal (CP). Para completar nuestro análisis, acudimos a la doctrina científica penal, conforme a la cual, el supuesto de hecho del delito de tráfico ilegal de mano de obra incluye, además de supuestos de cesión ilegal de mano de obra, la colocación al margen de los mecanismos legales. Asimismo, analizamos la jurisprudencia y la doctrina judicial recaída en la materia, con el fin de conocer los criterios interpretativos existentes en el orden social y en el penal. Observamos que mientras que existe jurisprudencia laboral relacionada con los ilícitos penales, las sentencias recaídas en la jurisdicción penal establecen el bien jurídico protegido y los supuestos sancionados, pero no sancionan por colocación al margen de los mecanismos legales o por cesión ilegal de mano de obra.

La investigación tiene como objeto de estudio determinar qué es el tráfico ilegal de mano de obra. A tal efecto, será necesario precisar qué infracciones del orden social, en su versión agravada, integra. Se trata de disponer de unas pautas que permitan, a los operadores jurídicos, conocer en profundidad este delito y, de esta forma, poder perseguirlo y sancionarlo adecuadamente. Pretendemos ensamblar dos disciplinas del ordenamiento jurídico, la laboral y la penal, respecto de una materia, el tráfico ilegal de mano de obra, entendiendo que bajo esta denominación se protege penalmente una serie de intereses

concretos y abstractos que inciden sobre la indemnidad de la relación laboral<sup>4</sup>. Por este motivo, consideramos que ha de tener una protección efectiva por parte de los ordenamientos laboral y penal<sup>5</sup>, basándonos en la importancia que la indemnidad de la relación laboral tiene para el mantenimiento del “Estado de bienestar”<sup>6</sup>.

En la presente tesis utilizamos una metodología mixta, cuantitativa (sentencias) y cualitativa (entrevistas a profesionales relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra) pues, para las nuevas realidades sociales y retos

---

<sup>4</sup> En este sentido se ha manifestado la SAP Tarragona 422/2015 de 3 de noviembre, ARP 1676, manifestando que “La cuestión a dilucidar por tanto, es cuál de las conductas que vienen reguladas en la legislación laboral podrían incardinarse en el tipo penal de tráfico ilegal de personas que ahora examinamos y cuales otras quedarían reservadas al ámbito administrativo-laboral. Hubiera sido conveniente que el legislador penal estableciera una mayor delimitación de la sanción penal y la administrativa, y no dejar esta tarea a la doctrina y la jurisprudencia. De hecho, existe consenso doctrina a la hora de criticar la parquedad en la definición de la acción penal, lo que aunque no es objeto de la presente resolución, podría incluso plantear problemas derivados de una conculcación del principio de legalidad penal, en atención a la falta de claridad y taxatividad en la determinación de la conducta prohibida (aunque esta crítica también podría hacerse extensiva a otros tipos penales previstos en el Código Penal en cuya configuración se ha utilizado la técnica legislativa de ley penal en blanco y por consiguiente se han incluido elementos normativos cuya integración pasa de manera necesaria por la correspondiente remisión a la normativa extrapenal)”.

<sup>5</sup> El bien jurídico protegido (un conjunto de intereses que afectan a la indemnidad de la relación laboral) ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia penalista (sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 30 de junio de 2000 [RJ 2000, 6081]). Uno de los retos de la presente investigación será ensamblar la protección laboral con la penal. La jurisdicción penal debe proteger la relación laboral de aquellos sujetos que lleven a cabo acciones que perjudiquen este bien jurídico abstracto que, por ser abstracto, debe ser definido adecuadamente por la legislación laboral y penal, debiendo ser tutelado por sus respectivos regímenes sancionadores eficaz y eficientemente. Se trata de un objetivo complicado y, ciertamente ambicioso, que requiere de una revisión ulterior, cuando se disponga de más datos oficiales; en cualquier caso, ya podemos avanzar la falta de datos oficiales sobre el tráfico ilegal de mano de obra, así como la escasa doctrina laboral-penal sobre la materia. Esta tesis, principalmente, persigue ser un punto de partida para definir la protección penal del tráfico prohibido de mano de obra, partiendo del Derecho del Trabajo.

<sup>6</sup> ALAIN SUPIOT considera que “más que hablar de Estado de bienestar (audaz traducción latina de Welfare) o Estado-Providencia (que implica una transcendencia y una unilateralidad poco propias de la exactitud de las construcciones del derecho social), habría que hablar aquí de Estado Social, es decir, de la parte que asume el derecho y las instituciones del Estado en la construcción del vínculo social desde hace ya un siglo. Oponiéndose a la vez al Estado gendarme (o mínimo), en cuanto simple arbitro de las relaciones sociales en las que él no participa directamente, y al Estado Leviathan, en cuanto este pretende engullirse la sociedad entera, el Estado social participa activamente en el juego social, del que admite no ser él el único dueño”, en MARZAL, A. (ed.), *Crisis del estado del bienestar y Derecho Social*, José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 19. El concepto “welfare” surge tras la Segunda Guerra Mundial como antítesis del concepto “warfare”. Se comenzó a considerar que el Estado del bienestar es aquel que se compromete a crear una situación de bienestar social y económico a su ciudadanía, generando una obligación principal por parte del Estado o Gobierno al respecto, que se manifiesta a través de diferentes medidas.

académicos a los que nos enfrentamos, se hace imprescindible el pluralismo metodológico<sup>7</sup>. Ciertamente, estas metodologías suponen una innovación en la metodología clásica de la ciencia jurídica, pero no dejan de ser una aplicación de aquello que, como veremos, un amplio sector de la doctrina iuslaboralista demanda<sup>8</sup>. Asimismo, conviene mencionar que las metodologías utilizadas en la presente tesis no suprimen ni anulan las empleadas tradicionalmente, sino que las complementan para poder dar una respuesta más integral a un problema jurídico de suma importancia, que reclama una mirada analítica en profundidad que únicamente está en condiciones de aportar la complementariedad metodológica que llevamos a cabo. Problema jurídico, como el tráfico ilegal de mano de obra, que tiene lugar en una sociedad compleja, dinámica y poliédrica, a la que es preciso acercarnos, para estudiarlo con mayor calado, con todo el conocimiento de la ciencia jurídica pero también con las aportaciones conceptuales e instrumentales de otras áreas de conocimiento que nos aportan materiales para su análisis y comprensión y, en consecuencia, nos permiten la elaboración de afirmaciones fundamentadas en el método científico.

La metodología aplicada nos ha permitido plantearnos distintas preguntas de investigación, relacionadas con el tráfico ilegal de mano de obra, como veremos a continuación.

La metodología cuantitativa la destinamos al análisis y estudio de las sentencias; empleamos un diseño observacional y no experimental, dentro de la perspectiva empírico-analítica, de base positivista racionalista (paradigma positivista), para lo que realizamos un diseño analítico, mediante el estudio y análisis documental de las sentencias sobre el tráfico ilegal de mano de obra.

---

<sup>7</sup> RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, J. “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 1994, nº. 31, pp. 19-38; CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, nº. 132, 2016, pp. 73-121.

<sup>8</sup> Como escribió Massimo D'ANTONA: “el intérprete se asemeja a un ingeniero que edifica con diversos materiales ofrecidos por el lenguaje los puentes sobre los que discurren las comunicaciones entre derecho y sociedad”, en D'ANTONA, M., *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 1999, p. 171; en este sentido, ROMAGNOLI, U., “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía” en LOPEZ LOPEZ, J. (coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador: homenaje a Massimo D'Antona*, Marcial Pons, 2001, pp. 309-323.



Como instrumento, para extraer la información de las mismas, construimos un protocolo de observación sistemática que incluye “riesgo abstracto, condiciones abusivas, explotación, comerciar/negociar, intermediación, cesión ilegal, habitualidad, bien jurídico, lucro, nacionales/extranjeros, dolo, condena...”. Establecemos estas categorías tras observar que los documentos académicos laborales y penales que tratan sobre tráfico ilegal de mano de obra son unánimes a la hora de interpretar que el art. 312.1 CP protege la colocación al margen de los mecanismos legales y la cesión ilegal de mano de obra o tráfico prohibido de mano de obra, mientras que la interpretación dominante en la jurisdicción penal considera que existe tráfico ilegal de mano de obra cuando se explota a la persona empleada.

Los datos obtenidos se han analizado mediante el paquete estadístico SPSS V.19, lo que nos permite ver la matriz de correlaciones entre las categorías del protocolo de observación utilizado. Entre los resultados se comprueba que se considera que el tráfico ilegal de mano de obra es el delito contra la “indemnidad de la relación laboral” que implica “explotar a las personas que realizan un trabajo”, y que hay incoherencia entre los documentos académicos laborales y penales que tratan sobre tráfico ilegal de mano de obra y las interpretaciones reflejadas en las sentencias, porque mientras que los primeros son unánimes a la hora de interpretar que el art. 312.1 CP sanciona la colocación al margen de los mecanismos legales y la cesión ilegal de mano de obra o tráfico prohibido de mano de obra, sin embargo, la interpretación reflejada en las sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra parte de que existe tráfico ilegal de mano de obra cuando se explota a la persona empleada. Todos los resultados se exponen en el Capítulo I; se desarrolla su incongruencia con la doctrina académica y jurisprudencial laboral en los Capítulos II y III; y se contemplan en las conclusiones.

Como se ha señalado, el análisis de los pronunciamientos judiciales nos lleva a observar que no existe coherencia entre la doctrina académica y la interpretación judicial, lo que desarrollaremos más adelante. A la vez, el estudio de las sentencias nos ha dado la oportunidad de cuestionarnos cuál es el bien jurídico protegido en el 312.1 CP y qué se debe sancionar penalmente tras las distintas reformas laborales. La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante,

STS), Sala Penal, de 30 de junio 2000<sup>9</sup>, indica que el bien jurídico protegido en el tráfico ilegal de mano de obra es un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral; ahora bien, ¿cuáles son esos intereses?

A partir del contenido de las sentencias también nos cuestionamos que si, en 2010, se introduce en el CP el artículo 177 bis sobre trata de personas, siendo uno de sus fines la explotación laboral, ¿por qué no se persigue específicamente el tráfico ilegal de mano de obra contemplado en el art. 312.1 CP? Con objeto de encontrar respuestas y avanzar en la comprensión del problema jurídico estudiado, decidimos realizar entrevistas a profesionales relacionados, de diferente manera, con el tráfico ilegal o prohibido de mano de obra, en el entendimiento de que quienes actúan desde la práctica han de aplicar la legislación, así como conocer la doctrina científica en la materia y la jurisprudencia.

A tal efecto, empleamos una metodología cualitativa, perspectiva humanístico-interpretativa, de base naturalista-fenomenológica (paradigma interpretativo)<sup>10</sup>. Analizamos el contenido de las preguntas de las entrevistas sobre tráfico ilegal de mano de obra, mediante la técnica de análisis de contenido, para de esta forma poder fundamentar qué se entiende por tráfico ilegal de mano de obra e inferir de sus respuestas, sus concepciones sobre el tema objeto de estudio, sus posibles lagunas conceptuales y, poder aportar luz sobre qué se debe entender por “conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral”, lo que nos servirá de apoyo para analizar las normas laborales en las que se asienta el tipo penal.

Construimos las preguntas de la entrevista basándonos en los objetivos de la tesis doctoral. Para el análisis de las mismas, acudimos al programa informático Atlas.ti 6.2.15. Las investigaciones cualitativas tratan de entender la realidad, desde una perspectiva global, para poder transformarla en contextos

---

<sup>9</sup> STS (Penal) de 30/06/2000 (RJ/2000/6081)

<sup>10</sup> Véase SABARIEGO PUIG, M., “La investigación educativa: génesis, evolución y características”, en BISQUERRA ALZINA, R., *Metodología de la investigación educativa*, La Muralla, Madrid, 2004, pp. 52-87.

concretos, en nuestro caso, las cuestiones jurídico penales y laborales, que afectan al tráfico ilegal de mano de obra. Las entrevistas nos aportan información de manera verbal y registrada, como texto, sobre el tema objeto de estudio; cabe destacar su importancia porque las ligazones entre las palabras de la ley y las ideas políticas, económicas, sociales, morales y jurídicas que las inspiran, se exponen en la variable contexto histórico en que se integran<sup>11</sup>. El análisis de las entrevistas consiste en reducir la información y organizarla en unidades conceptuales básicas (las conocidas categorías), mediante un proceso constante entre observación y análisis, llamado análisis cualitativo de la información<sup>12</sup>.

Debemos recordar que la investigación parte de la lectura inicial de los documentos académicos en materia jurídico-laboral que defienden que la colocación al margen de los mecanismos legales y la cesión ilegal o prohibida puede ser sancionada penalmente a través del tipo contemplado en el art. 312.1 CP, pero no existe ninguna condena penal, por esos hechos, desde la entrada en vigor del CP de 1995. Por ello, recurrimos al análisis documental de los textos legales, de la doctrina científica y de la jurisprudencia , para concretar qué incumplimientos se sancionan en el orden social, para, de esta forma, intentar determinar en qué supuestos tales ilícitos se debería sancionar penalmente, teniendo en cuenta que es el Ordenamiento penal es un Derecho de intervención mínima, y que no disponemos de sentencias que condenen por colocación al margen de los mecanismos legales ni por cesión ilegal de mano de obra.

Para alcanzar nuestro objetivo, contextualizamos también el objeto de estudio partiendo de la externalización de servicios o descentralización productiva, en un mundo cada vez más globalizado. La descentralización productiva no es un fenómeno reciente. Desde tiempos inmemoriales se

---

<sup>11</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009.

<sup>12</sup> Véase SABARIEGO PUIG, M., “La investigación educativa: génesis, evolución y características”, cit., pp. 52-87.

constatan ejemplos de la misma<sup>13</sup>, incluso, así podría considerarse, en el S. XVI, la contratación de los lansquenetes<sup>14</sup>, entre otros, por el Emperador Carlos V.

No obstante, es un hecho que la externalización, también llamada descentralización productiva u outsourcing<sup>15</sup>, se ha extendido en los últimos tiempos, desarrollándose de forma veloz y, en ocasiones, de manera descontrolada. A ello ha contribuido tanto el hecho de que las empresas tengan permitido externalizar casi todas las fases del proceso productivo, como el que sean muchos los beneficios que la descentralización reporta a distintos sujetos. Esta forma de organización empresarial disminuye los costes de producción de la empresa, a la vez que incrementa su eficiencia, lo que repercute en las personas consumidoras al bajar el precio final del producto; de otro lado, los beneficios obtenidos permiten aumentar la inversión y generar nuevos puestos de trabajo, si se lleva a cabo de forma controlada. Observamos que existe una intensa conexión entre Derecho del Trabajo y Economía.

La descentralización está permitida, en España, por la Constitución de 1978 y el ET y, como se acaba de señalar, ofrece ventajas considerables a las empresas al permitirles obtener el máximo beneficio de su proceso productivo teniendo como límite los derechos de las personas empleadas. Mediante la externalización se pueden vulnerar derechos de las personas trabajadoras o, cuanto menos, se puede producir un retroceso en sus derechos laborales. Es aquí donde los intereses empresariales entran en conflicto con los de las personas trabajadoras que demandan más protección, principalmente, aunque

---

<sup>13</sup> No cabe duda que el primer carpintero que contrató a otra persona para que talase los árboles con los que construir sus muebles ya estaba externalizando una faceta de su actividad productiva.

<sup>14</sup> Soldado de la infantería alemana, que peleó también al lado de los tercios españoles durante la dominación de la casa de Austria, <http://dle.rae.es/?id=MtnaP79>, Consultado el 25 de marzo de 2018.

<sup>15</sup> El término “outsourcing”, que puede ser traducido al castellano como “suministro del exterior”, es rechazado por un sector de la doctrina por su imprecisión conceptual; en este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C. (2003). *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia, p. 22. En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S., “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva, en La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S., (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos laborales y de seguridad social*, Comares, Granada, 2018, p. 6.

no exclusivamente, una mayor seguridad en su relación laboral y, consiguientemente, en el puesto de trabajo, junto con mejoras salariales. Por su parte, las empresas persiguen mayores beneficios empresariales, y, a tal efecto, reclaman una normativa respetuosa con sus intereses, en el entendimiento de que, para crecer y ser competitivas en un mundo cada vez más globalizado, requieren en definitiva más flexibilidad para llevar a cabo su actividad productiva<sup>16</sup>. Se confrontan, en fin, dos intereses legítimos, la seguridad que reclaman las personas trabajadoras frente a la flexibilidad que exige el empresariado. En esta nueva “cultura empresarial” aparecen nuevas realidades empresariales entre las que se encuentran las “empresas red”, red constituida por distintas empresas que establecen entre sí relaciones flexibles y cooperativas, de carácter no jerárquico<sup>17</sup>.

Estas estrategias empresariales pueden generar desigualdad entre el personal de la propia empresa y aquel que proviene de una contrata o de una Empresa de Trabajo Temporal (ETT). La cuestión es cómo equilibrar los intereses en conflicto, es decir, cómo promover y promocionar los intereses empresariales sin que ello actúe en detrimento de los derechos laborales<sup>18</sup>.

En este nuevo modelo descentralizado de producción será necesario diferenciar la externalización legítima de aquella que simplemente busca huir de la legislación laboral aplicable; y, asimismo, será preciso distinguir entre los supuestos de cesión ilegal constitutivos de infracción administrativa y aquellos

---

<sup>16</sup> MOLINA NAVARRETE, C., *Teoría de las relaciones laborales*, CEF, Madrid, 2011, p. 190.

<sup>17</sup> Un sector de la doctrina científica afirma que “tradicionalmente se ha entendido que la descentralización productiva se manifiesta, en un primer estadio, en aquellos procesos por los que se externalizan algunas actividades no permanentes o complementarias respecto de lo que constituye el objeto central de la producción o del servicio prestado -tales como tareas de vigilancia de seguridad, limpieza y mantenimiento de las instalaciones, etc.-, pero donde la empresa tiende a mantener el control directo sobre el núcleo duro de la actividad productiva”, MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S., “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva”, cit., p. 5.

<sup>18</sup> Ciertamente, las estrategias que llevan a cabo las empresas comportan un alto nivel de innovación y de creatividad, así como de cambio permanente de la naturaleza económico-jurídica. En este sentido véase, MONEREO PÉREZ, J. L., “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2011, p. 293.

otros casos en los que habrá de intervenir el Derecho Penal, por ser constitutivos del delito de tráfico ilegal de mano de obra.

Para entender los intereses que se protegen en el tráfico ilegal de mano de obra y que dan sentido a su inclusión en el CP, debemos partir del análisis del mercado laboral español. A lo largo de los últimos años, el mercado de trabajo español ha experimentado y mostrado una serie de características, diferentes de otros países del entorno, que, por su extensión, no analizaremos en este trabajo. No obstante, destacaremos cuatro puntos del mercado laboral español<sup>19</sup>.

El primero es la alta tasa de paro de España respecto al resto de Europa. En el tercer trimestre del año 2001 la tasa de paro era de 10'29%, frente al 8,43% de la eurozona; la tasa de paro en España creció hasta el 11'99% en el primer trimestre del año 2003, mientras que en Europa era del 9% en el mismo periodo. A partir de esta fecha, descendió en España hasta el 7'93% en segundo trimestre de 2007, siendo en Europa, en ese trimestre, del 7'53%; fecha en la que comienza a aumentar la tasa de paro en España hasta llegar al 26'94% en primer trimestre de 2013, siendo en ese momento, del 12'03% en la eurozona; momento en el que de nuevo comienza a descender hasta llegar al 13'92% en el tercer trimestre del año 2019<sup>20</sup>, donde en Europa es del 7'53%<sup>21</sup>. Como se aprecia, la tasa de paro española se sitúa por encima de la tasa media de paro de la eurozona. No existe consenso respecto de las causas. Sin embargo, como más adelante analizaremos, una de las posibles causas podría ser la rigidez del ordenamiento laboral a la hora de adaptarse a las necesidades del mercado de trabajo; a ello se añadiría la ineficaz gestión de los servicios de empleo y la inexistencia, especialmente en determinadas zonas geográficas, de un sólido tejido productivo.

---

<sup>19</sup> DEL POZO SEN, A., "La estrategia Europa 2020 en España: el fracaso del empleo", *Revista de Información Laboral*, nº. 2, 2017, pp. 65-98.

<sup>20</sup> Datos obtenidos de la información facilitada por el Instituto Nacional de Estadística. Véase: [https://www.ine.es/prensa/epa\\_tabla.htm](https://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm)

<sup>21</sup> Véase: <https://www.epdata.es/paro-zona-euro-eurostat/203b51fc-1ce3-488f-9d15-5df8abb4a29b>

En segundo lugar, existe un excesivo nivel de temporalidad del empleo<sup>22</sup>. En este sentido, entre las Recomendaciones específicas del Consejo de Europa a España, de fecha 9 de junio de 2019, se señala el elevado número de contratos temporales y la baja probabilidad de que estos se transformen en indefinidos, lo que tiene consecuencias negativas en la productividad<sup>23</sup>. España mantiene un porcentaje de empleo temporal muy elevado, siendo del 26'4% la tasa de temporalidad en el segundo trimestre de 2019<sup>24</sup>.

En tercer lugar, hay un empleo marcadamente fluctuante. El empleo crece mucho en épocas de bonanza económica, mientras que en las etapas de recesión cae con gran intensidad. Por un lado, se puede apuntar al modelo productivo, en el cual tienen protagonismo las actividades intensivas de baja cualificación y por otro lado la facilidad para rescindir los contratos laborales.

En cuarto lugar, las políticas de empleo llevadas a cabo son ineficientes y no han experimentado evolución ya que, cíclicamente, hacemos frente a los mismos problemas laborales derivados de políticas ineficaces. El papel desempeñado

---

<sup>22</sup> La profesora SELMA PENALVA considera que “cuanto más elevada sea la oferta de puestos de trabajo y menor la mano de obra disponible, también serán mejores las condiciones laborales ofertadas. Por el contrario, cuando un elevado número de demandantes de empleo se ve obligado a concurrir a una reducidísima oferta de puestos de trabajo (como tristemente ha ocurrido en España con ocasión de la crisis económica), la calidad en el empleo disminuye. A estos efectos, conviene tener en cuenta que la precariedad laboral se origina por múltiples factores; y uno de ellos es la utilización excesiva de la contratación laboral temporal”. SELMA PENALVA, A., “Los retos del derecho del trabajo en el siglo XXI: Propuestas de cambio en una época de transición”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 2018, p. 582.

<sup>23</sup> Entre las Recomendaciones específicas del Consejo de Europa a España, se ha considerado que: “La tasa de desempleo ha continuado descendiendo con rapidez, pero todavía es muy alta y el alto grado de segmentación del mercado laboral entre los contratos temporales y los indefinidos impide un crecimiento de la productividad laboral más rápido. Tras un fuerte impulso reformista entre 2012 y 2015, el cambiante contexto político experimentado durante el pasado año ha contribuido a un año más de progresos limitados en la aplicación de las recomendaciones. La actual situación económica favorable ofrece una oportunidad para acometer las reformas necesarias pendientes con vistas a lograr que la economía española sea más resiliente y a aumentar el crecimiento de su productividad”. En: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2019-european-semester-country-specific-recommendation-commission-recommendation-spain\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2019-european-semester-country-specific-recommendation-commission-recommendation-spain_es.pdf) (p. 2)

<sup>24</sup> Según el “Seguimiento de indicadores de empleo de la Estrategia Europea 2020 para España”, publicado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, (p. 5), disponible en [http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/analisis-mercado-trabajo/pnr/observatorio/numeros/2019/septiembre/OBSERVATORIO.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/pnr/observatorio/numeros/2019/septiembre/OBSERVATORIO.pdf)

por los servicios públicos de empleo ha estado más orientado a la gestión que a actuar como agencia de colocación, orientación y formación laboral.

A tenor de las características mencionadas, consideramos que los distintos Gobiernos ni han dado respuestas eficaces ni las han analizado con la suficiente profundidad para no volver a repetir los errores del pasado. Además, hay que sumar, como decimos, el auge que en los últimos años ha experimentado la descentralización productiva. Dicho fenómeno está regulado en nuestro ordenamiento laboral con el fin de facilitar las necesidades productivas (arts. 42 y 43 ET), y provoca la huida de las empresas hacia lugares donde les sea más rentable económicamente producir. En numerosas ocasiones esa huida es producida por los altos costes laborales<sup>25</sup>.

El mercado laboral requiere tiempo para adaptarse a las necesidades de la economía de mercado. La inmediatez que requiere la producción, sumado a políticas de empleo ineficaces, provoca que las empresas puedan resolver los contratos de forma rentable para sus intereses con el cese de la producción y su traslado a lugares más ventajosos económica y laboralmente. Esta situación se puede evitar promoviendo e incentivando normativamente las cláusulas sociales en la contratación, como se requiere, por ejemplo, para poder participar en los procesos de licitación pública<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> De manera sucinta, debemos hacer referencia al “fissured workplace” o fragmentación empresarial con resultado en forma de atomización del trabajo. Fenómeno, como ha manifestado un sector de la doctrina, cercano a la descentralización productiva extrema provocada por las cadenas de subcontratas, franquicias, plataformas virtuales y economía colaborativa, en definitiva, por la empresa red al que actualmente se debe añadir la digitalización en las relaciones laborales. Véase: WEIL, S., *La condición obrera*, Trotta, Madrid, 2014, p. 7 y ss.; ÁLVAREZ ALONSO, D., “Extinción por causas objetivas derivada de pérdida de una contrata y supuesta vulneración de la garantía de indemnidad”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 202, 2017, p. 145 y ss.; MARTINEZ MORENO, C., “Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2018, p. 53; TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de derecho social*, nº. 76, 2016, pp. 59-82.

<sup>26</sup> En este sentido, por ejemplo, la Administración Pública introduce cláusulas sociales en la contratación. Las cláusulas sociales han sido definidas por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana como “la inclusión de ciertos criterios o principios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorpora al contrato aspectos de política social, como requisito previo (criterio de admisión, por ejemplo: para poder participar en la subasta pública, se exigen, previamente, una serie de condiciones de carácter social o solvencia técnica en materia de inserción sociolaboral), como elemento de valoración (criterio de puntuación, por ejemplo: preponderancia de unos criterios frente a otros, los cuales se establecen



Debemos, en fin, enmarcar nuestro estudio en el contexto de la globalización, laboral y económica, y su relación con el Derecho del Trabajo. Una cuestión complicada, desde el punto de vista jurídico es definir el término globalización. Acudiremos a la epistemología ya que las palabras son los embriones de las ideas que se quieren transmitir. Por ello, es necesario conocer el significado y origen de las mismas pues de lo contrario se hará un uso incorrecto de la lengua castellana. Acudiremos a la definición que nos ofrece el diccionario de la RAE para intentar fijar con claridad y precisión su significado; la RAE entiende por

---

en el baremo de la convocatoria) o como obligación a realizar el contrato (exigencia de ejecución: la Administración Pública no es ajena al servicio contratado. Por ello tiene que velar por su correcto desarrollo y ejecución en los términos establecidos ya que es la responsable última y la titular del derecho. La contrata, únicamente, ejerce el derecho)". Véase: Dictamen 1/2003, de 21 de marzo, de la Junta Superior de contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana sobre inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública de la Generalitat Valenciana, p. 3. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, incluye, en los contratos públicos, consideraciones de carácter social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Dichas consideraciones pueden incluirse "tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202", por lo que "con el ánimo de favorecer el respeto hacia los derechos humanos, y en especial hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) en su apartado 2", como se dispone en el Preámbulo de la norma.

En este sentido, LESMES ZABALEGUI, S., "Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral", *Lan Harremanak*, nº. 13, 2005, p. 64. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña las define, en sentido estricto, como "cualquier estipulación que obligue a una empresa adjudicataria de un contrato administrativo a realizar propiamente el objeto contractual (según prescripciones técnicas definidas en el contrato) y, además, al cumplimiento de determinados objetivos sociales de interés general", en Informe 4/2001, de 23 de noviembre de 2001, de la Comisión Permanente de la Junta consultiva de Contratación de la Generalidad de Cataluña, p. 3. En este sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina, definiendo las cláusulas sociales como "toda disposición incluida en un contrato o acuerdo comercial en virtud de la cual la parte prestadora del servicio o ejecutora de la obra asume, como condición de acceso a la ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política sociolaboral, como son la creación de más y mejor empleo, la garantía de los derechos laborales, en especial de la igualdad de oportunidades", en MOLINA NAVARRETE, C., "Relaciones laborales, política de empleo y contratación pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº. 302, 2008, p. 7. Las cláusulas sociales están estrechamente relacionadas con el concepto de responsabilidad social.

globalización “la acción de globalizar (integrar cosas diversas); la extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional; la difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres; y, finalmente, en economía, es el proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen, cada vez más, de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los gobiernos”<sup>27</sup>. Por consiguiente, dada la repercusión interdisciplinar del tema objeto de estudio, la globalización tiene efectos sobre el ámbito político y jurídico, en nuestro caso, con la aprobación de normas jurídicas, así como también sobre el económico, debido a los posibles efectos que puede tener sobre la economía de los Estados, como más adelante veremos, así como en las relaciones sociales y en los valores.

De otro lado, cabe advertir que los cambios en las relaciones laborales, producidos por el proceso globalizador, no son sólo producto de las decisiones políticas que los Estados adoptan *per se*, sino que también son resultado de las “recomendaciones” o imposiciones que realizan organismos u organizaciones internacionales, como La Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la propia Unión Europea (UE).

La pertenencia de España a la UE provoca cierta pérdida de soberanía nacional, ya que ésta impone normas de obligado cumplimiento para generar, en los Estados miembros, un ordenamiento uniforme y/o armonizado; y provocando, en caso de incumplimiento, la intervención del TJUE<sup>28</sup>.

Desde su creación, el Derecho del Trabajo sufre constantes transformaciones que afectan a sus líneas y elementos básicos. El ordenamiento laboral es cada

---

<sup>27</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=globalizacion>, en línea, 21 febrero 2015.

<sup>28</sup> En este sentido, STJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13) Comisión Europea contra el Reino de España que condenó al Estado por incumplimiento de “las obligaciones que le incumben en virtud del art. 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembro que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de esta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado”.

vez más amplio y complejo. Por ello, y ante la necesidad de una mayor protección de ciertos bienes jurídicos, con la entrada en vigor del CP de 1995, se tuvo en cuenta esta importante rama del ordenamiento jurídico<sup>29</sup>. En el entendimiento de que el Derecho del Trabajo debía tener un apartado específico, se introdujo una relevante innovación en su redacción, al dedicar un Título del CP a los delitos contra las personas trabajadoras<sup>30</sup>.

Sin embargo, el término “Derecho penal del trabajo” contiene particularidades que han de ser observadas con especial atención, que requieren un análisis mixto que integre los elementos propios del Derecho del Trabajo y del Derecho Penal<sup>31</sup>.

Como ha señalado un sector de la doctrina<sup>32</sup>, el carácter problemático del Derecho penal del trabajo proviene de dos premisas: la primera se refiere a la construcción histórica, a su fundación conceptual y su compatibilización con la realidad político-jurídica. La segunda premisa alude al presente y futuro del Derecho penal del trabajo, porque en atención a las nuevas relaciones de trabajo es necesario someter a examen la oportunidad, la eficacia y el sentido de esta parte del ordenamiento jurídico, redefiniendo su funcionalidad y límites. Con esta investigación pretendemos también aportar algo de luz a esta segunda premisa.

---

<sup>29</sup> Algunos autores, como GARGARELLA, R., “El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y libertades*, 25, 2011, pp. 37-54, o BRANDARIZ GARCIA, J. A., *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis de Estado-Nación*, Comares, Granada, 2011, deslegitiman la intervención penal en la medida en que la misma está condicionada por las desigualdades sociales. Sin embargo, nosotros consideramos que se debe producir una “re-legitimación de la intervención penal que asuma estas desigualdades sociales, pero en el sentido de evitarlas” PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, Lustel, Madrid, 2018, p. 155.

<sup>30</sup> En la presente investigación se utiliza un lenguaje inclusivo y no sexista, de acuerdo la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva.

<sup>31</sup> Ciertamente, como manifestó ROMAGNOLI, “El Derecho penal del trabajo es una parcela de nuestro ordenamiento que o agrada a ninguna categoría de estudiosos. Lo que, si no me equivoco, está motivado también por la conciencia más o menos lucida de que se trata de una parcela en la que encuentra hospitalidad la mala conciencia del ordenamiento, mala por ser falsa y falsa porque asume la separación entre norma escrita y realidad fáctica como un dato permanente con raíces estructurales”, ROMAGNOLI, U., *Illeciti in materia di lavoro e nuove prospettive zancionatorie*”, *Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1977.

<sup>32</sup> BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2ª Edición revisada, Trotta, Madrid, 1997, p. 19.

Ciertamente, el Derecho del Trabajo surge de la lucha de clases entre quienes tienen los medios de producción y quienes aportan la mano de obra. Por ello, se debe considerar como un espacio jurídico que circunscribe todos aquellos conflictos que afectan al ámbito laboral y que requiere un ordenamiento capaz de dirimir, recurriendo a reglas previsibles, las controversias surgidas en este ámbito, por lo que el ordenamiento laboral debe tener continuidad protectora en el ordenamiento penal<sup>33</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, a pesar de que el Título XV del CP se denominó “Delitos contra los derechos de los trabajadores” por contener, principalmente, un catálogo de derechos de los mismos, hay que tener en cuenta que su exigencia es también para quienes emplean, para las personas que son propietarias de los medios de producción. Esta situación hace necesaria la clarificación del contenido y alcance del Derecho penal laboral ya que “la constitución de reglas de juego comunes entre empleadores y la posibilidad general y homogénea de prever el alcance y el contenido de las controversias con los trabajadores no hacen más que establecer condiciones más transparentes del mercado de protección industrial, y en este sentido representan también un avance para los empleadores”<sup>34</sup>.

La configuración como delitos contra los derechos de las personas trabajadoras, en nuestra opinión, es imprecisa en cuanto a los bienes tutelados. Efectivamente, la mayor parte de los bienes jurídicos tutelados hacen referencia a derechos de las personas trabajadoras, pero algunos, como el tráfico ilegal de mano de obra, se reconducen a las condiciones mínimas de funcionamiento del orden social y económico de la producción o, como ha apuntado la doctrina científica, a la tutela del trabajo como actividad productiva<sup>35</sup>. La persona trabajadora, introducida en el mercado laboral como una unidad productiva, necesita el reconocimiento de las condiciones de funcionamiento del mercado

---

<sup>33</sup> Algunos autores hablan de postregulación del Derecho del trabajo abogando por una regularización de la intervención penal-laboral, en este sentido véase: PEREZ GONZALEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, cit., 2018.

<sup>34</sup> ABRAMOVICH, V. & COURTIS, C., “Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo”, *Jueces para la Democracia*, nº. 22, 1994, p. 56.

<sup>35</sup> DE RUGGIERO, G., *El concepto del trabajo y su génesis histórica*, La Pleyade, Buenos Aires, 1973, p. 7; BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 31.

de trabajo y de la relación de trabajo que han sido previamente diseñadas por la legislación laboral.

La CE, en su art. 9.2, establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Este mandato constitucional debe ser entendido aquí en el sentido de preservar el correcto funcionamiento de las relaciones laborales, asegurando las funciones de control y canalización del conflicto que en ellas se generan. Como han asegurado algunos autores<sup>36</sup>, esta consideración de muchos aspectos de la relación laboral como garantía institucional hacen que sea una función del Estado, donde el Derecho del Trabajo se condiciona a políticas de empleo que se positivizan manifestando el interés público de los derechos laborales. Por ello, se debe entender el Derecho penal del trabajo como “el conjunto de preceptos penales (criminales) creados para garantizar la efectividad de las normas declarativas y ordenadoras destinadas a tutelar a los trabajadores”<sup>37</sup>. El sentido va más allá del concepto estricto laboral de protección objetiva de la persona trabajadora, los preceptos penal-laborales contienen además la función de garantes del Estado democrático respecto de quienes emplean y quienes son empleados para un correcto funcionamiento de las relaciones laborales y del propio mercado laboral.

Es preciso superar la concepción tradicional de las disciplinas, haciendo necesaria la introducción en la interpretación de las normas penales de las características e intereses propios del Derecho del Trabajo. El Derecho penal laboral debe aparecer como garante de un umbral de legalidad mínimo del Derecho laboral, que asegure la normalidad de la relación laboral protegiendo su indemnidad, en atención a una serie de intereses generales que se desarrollan en la presente tesis doctoral, y donde el trabajo y sus relaciones han de ser

---

<sup>36</sup> APARICIO TOVAR, J., *La seguridad social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989, p. 66. En este sentido, BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 31.

<sup>37</sup> ARROYO ZAPATERO, L. A., *Manual de Derecho penal del trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988, p. 10.

entendidas en un sentido más amplio que el que ofrece el Derecho laboral *stricto sensu*.

Por ello, delimitado el contenido, observamos la autonomía del Derecho penal del trabajo, que surge con posterioridad al Derecho del Trabajo y, aunque el Derecho penal laboral se reconoce doctrinal y legalmente, no está exento de discusiones. La rigidez garantista de los derechos individuales de las personas trabajadoras, requiere estar coordinada con un garantismo colectivo en el ordenamiento penal-laboral. Con la presente investigación, se pretende también responder a la pregunta de si es necesario proteger los derechos laborales penalmente o si es suficiente el ordenamiento sancionador laboral. En nuestra opinión, podemos adelantar que es necesaria la protección penal laboral, conectando las nuevas realidades sociales y económicas con los fines de ambos ordenamientos jurídicos.

Como analizaremos a lo largo del presente estudio, para fundamentar la necesidad de protección penal de ciertos preceptos laborales, “en el Derecho del Trabajo, la realidad social tiene un gran protagonismo, de modo que una norma laboral que no sepa amoldarse con rapidez a los cambios sociales, culturales, económicos del mundo del trabajo, de la técnica del mundo del trabajo, muy probablemente será una norma ineficaz. La peor situación que puede acaecer sobre una norma es la falta de eficacia, porque se convierte entonces en un desiderátum. En algo que estaba y nació para ser aplicado y que sin embargo no es aplicado”<sup>38</sup>; a lo que debemos añadir que, si esa norma no es protegida por la rama del ordenamiento encargada de velar por aquellos bienes jurídicos que merecen un reproche mayor a la mera sanción administrativa, ese derecho estará condenado a la desaparición. Y, si no se apuesta por mantener un “verdadero” Derecho del Trabajo y su consiguiente Derecho penal del trabajo, se volverá, como veremos, a estados iniciales del Derecho laboral, pudiendo plantearse no solo si es necesario un Derecho penal laboral sino también si es necesario el Derecho laboral. El Derecho del Trabajo tiene una hermenéutica

---

<sup>38</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “La nueva configuración laboral de la empresa”, en SAENZ DE MIERA, A. (coord.), *La universidad en la nueva economía. V Encuentro del Consejo de Universidades*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2002, p. 139.

específica diferente al resto de ordenes jurídicos<sup>39</sup>. Requiere, para ser aplicado adecuadamente en atención a sus fines, ser conocido para poder establecer una conexión eficaz y eficiente con el resto de ramas del ordenamiento jurídico.

Por ello, para contextualizar y fundamentar uno de los objetivos de la presente tesis doctoral que consiste en estudiar el delito de tráfico ilegal de mano de obra y las infracciones administrativo-laborales que, en su versión agravada, integran el supuesto de hecho del tipo penal (según la doctrina penal el bien tutelado es la indemnidad de la relación laboral, es decir, la relación laboral exenta o libre de daño)<sup>40</sup>, es necesario justificar la necesidad de tutelar una serie de intereses abstractos vinculados a la indemnidad laboral en atención al principio de ofensividad penal.

Resulta oportuno partir de la afirmación del Profesor Knight, uno de los fundadores de la Escuela de la Economía de Chicago, para el que una de las características de la época en que vivimos es pensar y razonar en términos económicos<sup>41</sup>; planteamiento al que no es inmune en el ámbito jurídico<sup>42</sup>, y de manera especial, el jurídico-laboral, como evidencian las motivaciones de las sucesivas reformas laborales llevadas a cabo durante las distintas crisis económicas, desde los años 70 del pasado siglo, hasta nuestros días.

En su obra “Crítica al programa de Gotha”, Marx, uno de los “padres” del comunismo moderno, planteó los siguientes interrogantes: “¿Acaso las

---

<sup>39</sup> Véase en este sentido: ROMAGNOLI, U., “Para una historia de la cultura jurídica”, en BAYLOS GRAU, A., *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 33-34; GRANDI, M., “Dal contratto di lavoro ad una scienza del diritto del lavoro”, *Giornale dir. Lav. E rel. Ind.*, 2001, p. 531.

<sup>40</sup> La sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 30 de junio de 2000 [RJ 2000, 6081] estableció que el bien jurídico protegido en el tráfico ilegal de mano de obra, es un “conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral”

<sup>41</sup> Según refiere PAZ AREZ, C., “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)”, *Anales de Derecho Civil*, XXXIV, III, julio-septiembre, 81, p. 691.

<sup>42</sup> En este sentido, GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*. Discurso leído en la Solemne apertura del Curso Académico 1984-1985, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1984, p. 6.

relaciones económicas son reguladas por conceptos jurídicos? ¿No surgen, por el contrario, las relaciones jurídicas de las relaciones económicas?”<sup>43</sup>.

Ahora bien, como apuntaba el profesor Galiana Moreno a mediados de la década de los 80 del pasado siglo<sup>44</sup>, “curiosamente, desde hace unos veinte años viene gestándose en Norteamérica, desde coordenadas no ciertamente marxistas, sino enmarcadas en el más puro liberalismo, una poderosa corriente doctrinal que postula una teoría del Derecho adecuada al mercado, un análisis económico del Derecho, que, en síntesis, sostiene que todas las valoraciones jurídicas pueden (e incluso, deben) ser reconstruidas e interpretadas con arreglo a las categorías que nos suministra el pensamiento económico”<sup>45</sup>. Procede recordar que ya en el año 1984 se empezaron a adoptar medidas, como la Ley 32/1984, que modificó el Estatuto de los Trabajadores de 1980, encaminadas a flexibilizar el mercado laboral para dar respuesta a los retos económicos y laborales a los que se enfrentaba España en aquel momento. Tres décadas después parece que nos seguimos enfrentando a los mismos retos.

Con la presente investigación no se persigue un análisis de la compleja relación existente entre el Derecho y la Economía o, más específicamente, entre el Derecho del Trabajo y la “Economía del Trabajo”. Sin embargo, sin abundar en la histórica relación, debemos señalar algunos aspectos a tener en cuenta para mantener un equilibrio entre los intereses económicos y los jurídico-laborales. Por ello, es imprescindible analizar los hechos que preceden al Derecho para reformar aquellos aspectos jurídicos que no solventan los problemas de la “realidad actual”. Aunque, como veremos, lo actual en 1984 sigue, desgraciadamente, siéndolo en 2019.

Sin caer en teorías o análisis reduccionistas, procede analizar estos hechos para contextualizar en qué medida la economía ha influido sobre el Derecho del Trabajo, provocando la huida jurídica del mismo, dando lugar a una

---

<sup>43</sup> MARX, K., *Crítica al Programa de Gotha, Obras Escogidas*, Tomo III. Preso, Moscú, 1974.

<sup>44</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 6.

<sup>45</sup> PAZ AREZ, C., “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)”, cit., p. 603.



desprotección de las personas trabajadoras<sup>46</sup>. Centramos el objeto de estudio de la presente investigación en el tráfico ilegal de mano de obra, pretendiendo fundamentar la necesidad de protección por parte de la jurisdicción penal de ciertas normas laborales, como las que establecen la gratuidad de los servicios de intermediación laboral (art. 5 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, en adelante, RDAC; art. 7 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, en adelante, LEmp; y, art. 10 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, en adelante, LETT) para las personas trabajadoras y la prohibición de ceder ilegalmente mano de obra (art. 43 ET).

Como más adelante analizaremos, la reforma laboral de 1994 provocó un importante cambio en la cesión de mano de obra y en los sistemas de colocación, entendiendo por tal los procesos o conjuntos de actividades en el estadio previo al contrato de trabajo<sup>47</sup>. Este cambio se debió, entre otros, al cumplimiento del Convenio nº 96 de la OIT, de 1949, contemplándose, en aquel momento en el art. 16.2 ET, actualmente derogado, que, frente a la gratuidad de la mediación del servicio público de empleo, los agentes privados sí podían percibir remuneración por parte del empresariado o por parte de la persona empleada, limitándose, únicamente, “a los gastos ocasionados por los servicios prestados” (art. 16.2 ET y RD 735/1995 de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo, ambos actualmente derogados).

---

<sup>46</sup> En este sentido, LUJÁN ALCARAZ, J., considera que “además de las actuales y muy numerosas manifestaciones de la tradicional huida del Derecho del Trabajo propia de la economía sumergida y el empleo clandestino, especialmente intensa en los últimos años a causa de la inmigración ilegal, la principal vía de escape del ordenamiento laboral sigue siendo la que se produce en zonas grises del contrato de trabajo”, en LUJÁN ALCARAZ, J. “El ámbito subjetivo del Estatuto de los trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 58, 2005, p. 58.

<sup>47</sup> Como destacan BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2ª Edición revisada, Trotta, Madrid, 1997, p. 84, es una acepción comúnmente empleada en la doctrina iuslaboralista. Cf. MARTÍN VALVERDE, A., “La supresión del monopolio público de la colocación”, en AEDTSS (ed.), *Reforma de la legislación laboral*. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García, Madrid, 1995, p. 60.

La Escuela Económica de Chicago construyó la base teórica del denominado “Estado mínimo”, un Estado no intervencionista basado en la vieja idea de *laissez faire*. Como veremos, esta idea ha calado en los últimos tiempos en nuestra sociedad y en nuestro Ordenamiento jurídico, en el que se ha pasado del proteccionismo del mercado laboral a la liberalización de la intermediación laboral, así como a la adopción de medidas que fomentan la descentralización productiva.

Como apuntó el profesor Galiana Moreno, con clara raíz en la doctrina utilitarista acuñada por Bentham, el principio fundamental que impera, tanto en el orden económico como en el jurídico, es el de maximizar la riqueza reduciendo los costes y, su modelo de decisión es el que proporciona el sistema de mercado<sup>48</sup>. De ahí que se quiera evitar el intervencionismo estatal, la *mano invisible* de la que hablaba Adam Smith, la cual interfiere, negativamente según su perspectiva, en las relaciones económicas. Pero tenemos que preguntarnos si el Estado debe apartarse absolutamente de una relación, tan fundamental para el desarrollo de una sociedad en todos sus ámbitos, como es la relación laboral. O si, por el contrario, el Estado tiene un interés superior sobre ella, determinante de que, en ciertos supuestos en los que se lesione gravemente el bien jurídico protegido, en este caso, la indemnidad de la relación laboral, se contemple la sanción penal.

La doctrina científica también reflexionó en aquel momento sobre las reformas laborales: “partiendo de un dato suministrado por la evidencia, la íntima interconexión existente entre las normas que rigen el actuar económico y las que regulan la prestación de trabajo por cuenta ajena, pretendo hacer unas breves consideraciones, al hilo de las últimas reformas del Estatuto de los Trabajadores, sobre una de las exigencias más visibles que el orden económico en crisis tiene

---

<sup>48</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 7. Es fundamental destacar las palabras de la profesora López Anioarte: “entraríamos de lleno dentro de la denominada “versión patológica” de la descentralización productiva, encaminada a la reducción de costes empresariales mediante la interposición de un tercero en el lugar del verdadero empresario, con el fin de eludir la aplicación al trabajador de las normas que le resultan más favorables”, en LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia, 2003. Este es el elemento central de la presente investigación. La aparición de sujetos que evitan a toda costa la normativa laboral, llegando, en ciertas ocasiones, como veremos, a constituir modelos de negocio de los que se obtienen grandes beneficios.

hoy planteadas al ordenamiento laboral, la que se ha venido en llamar flexibilización del mercado de trabajo. Solo trato con ello de poner de relieve algo que quizás también evidencie: que, si dicha exigencia se extrema, si se sucumbe de algún modo a esa nueva tentación neoliberal que nos acecha, el Derecho del Trabajo se vería peligrosamente apartado del que es su objetivo básico, y como tal irrenunciable, de aunar, en inestable pero necesario equilibrio, la paz y la justicia sociales”<sup>49</sup>.

A lo largo del presente trabajo se intentará verificar, con los datos de los que disponemos más de treinta años después, si tales previsiones se han cumplido. El Derecho, y particularmente el Derecho del Trabajo, no puede sucumbir a los cantos de sirena que proyectan ciertas teorías económicas neoliberales, que son aplicadas a las relaciones jurídico-laborales, con el objetivo de evitar la aplicación del ordenamiento laboral, la sempiterna huida del Derecho del Trabajo, conllevando, posiblemente, el vaciado de contenido de ciertos preceptos penales.

El profesor Galiana Moreno definió el Derecho del Trabajo como “el ordenamiento regulador de las relaciones que se suscitan entre los titulares de dos factores productivos, capital y trabajo, para la realización del proceso de producción de bienes y servicios que tiene lugar en las sociedades industriales”; por ello, continuaba, “las relaciones que ordena responden en su esencia jurídica a la necesidad socialmente sentida de diseñar unos cauces aptos para canalizar ese intercambio de factores que se encuentra en la base de dicho proceso de producción, que es fundamentalmente un proceso económico”<sup>50</sup>. Por ello, quienes estudian el Derecho laboral no pueden ignorar el alto grado de contenido

---

<sup>49</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 8. El Profesor MONEREO PEREZ, ha manifestado que “el capitalismo contemporáneo manifiesta una profunda dimensión constituyente, donde el éxito o el fracaso empresarial se determina por la capacidad de las empresas de mostrarse competitivas en un marco económico altamente dinámico”, MONEREO PÉREZ, J. L. *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, espec. el capítulo 5. IV, “La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y “nuevas” formas de soberanía”, *El Viejo Topo*, Barcelona, 2013, pp. 388-470.

<sup>50</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 8.

económico que encierran las relaciones sociales, que conforman la esencia básica de nuestra disciplina<sup>51</sup>.

No obstante, siendo conscientes de esta realidad, no se deben aceptar razonamientos falaces. Ciertamente, se ha de considerar como idea de partida, que el trabajo no se puede sustraer de su carácter de mercancía, en cuanto bien objeto de mercado<sup>52</sup>. Pero que se admita este axioma no debe impedir rechazar ciertas medidas que atacan la esencia misma del Derecho del Trabajo a través de la reversión de derechos, y que, de facto, eliminan o atenúan las diferencias matrices entre ramas jurídicas. Entre los bienes jurídicos a tutelar, sin duda, se encuentra la relación que se establece entre quienes emplean y quienes trabajan, para que los sujetos que puedan actuar, de una u otra forma sobre esta relación, no obtengan beneficios a costa de la persona trabajadora. El Estado, generalmente, ha intervenido para restringir la autonomía de la voluntad empresarial y conseguir un equilibrio entre sus intereses y los de las personas trabajadoras, haciendo posible una negociación más ponderada. Esta intervención estatal permitió canalizar el conflicto que hacía peligrar el orden social establecido a la vez que controlaba el auge del movimiento obrero; poniéndose así de manifiesto la doble función del Derecho del Trabajo: tuitiva y pacificadora<sup>53</sup>. De ahí, que en las primeras normas laborales se evidencie la

---

<sup>51</sup> Un sector de la doctrina afirmó que: “corresponde a Marx, como sabemos, haber descubierto que el capital no es más que trabajo condensado”, en DE RUGGIERO, G., *El concepto del trabajo y su génesis histórica*, cit., p. 83.

<sup>52</sup> El trabajo, como bien que es resultado de la actividad humana, separado de la persona en sí. Esta es una de las diferencias esenciales entre el tráfico ilegal de mano de obra y otros ilícitos conexos penalmente, como la trata de seres humanos con fin de explotación laboral. En este sentido, algunos autores consideran que el trabajo “como significado distinto del de técnica, solo tiene sentido en cierto complejo conceptual económico, donde las técnicas se comparan en aras de un resultado final más virtuoso, más adecuado o aún, paulatinamente, de otro resultado que satisfaga más enteramente la necesidad, es decir, que la complementa a través de esas fugas que denominamos deseos (en contraposición a las necesidades)” PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, cit., p. 24.

<sup>53</sup> Los profesores GARCÍA PERROTE y TUDELA CAMBRONERO lo han definido como el carácter “ambiguo, ambivalente y contradictorio” del Derecho del Trabajo, en GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G., “El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica”, *Revista de Trabajo*, nº. 92, 1988, p. 17 y ss. En cuanto a la función tuitiva del Derecho penal, la rama del mismo encargada de conservar la dogmática laboral, sus principios y sus valores, de manera estable, debería ser el Derecho penal laboral. En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, cit., p. 155-164, considera la re-legitimación de la intervención penal asumiendo las desigualdades sociales, postura que compartimos. En contra, GARGARELLA, R.,

importancia de las fuerzas sociales y económicas en el desarrollo del Derecho del Trabajo<sup>54</sup>.

Si “partimos de una concepción del Derecho como vía de integración de conflictos, no cabe duda de que el Derecho del Trabajo aparece enraizado con el conflicto por antonomasia, el llamado conflicto social”<sup>55</sup>, proteger la indemnidad de la relación laboral es fundamental para mantener la paz y la justicia social. Sin embargo, estos conceptos dependen, “de las ideologías y de los sistemas de valores”<sup>56</sup> que imperen en una sociedad en un momento dado, ya que orientan las actuaciones a realizar en los diferentes ámbitos, así como la resolución a los conflictos generados. De este modo, el Derecho del Trabajo avanza o retrocede en función de la fuerza que ejerzan o el poder que tengan en un momento dado los actores sociales y económicos.

El Derecho del Trabajo debe proteger sus bienes jurídicos más preciados a través del principio de última o extrema ratio, observando los principios de ofensividad y lesividad que dotan de significatividad la protección penal. Cuestión esta que trataremos al final de la investigación, planteándonos, como decíamos, si existe un verdadero Derecho Penal Laboral. No obstante, cabe adelantar que la vulneración de determinados preceptos del ordenamiento laboral, concretamente la vulneración de la indemnidad de la relación laboral, ha de ser sancionada por la vía penal.

Las teorías económicas neoliberales no pueden ser utilizadas para desvirtuar los fines del Derecho del Trabajo. No se puede confundir la libertad privada, en nuestro caso, “libertad de empresa”, con el “libertinaje de empresa”. El Derecho

---

“El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº. 15, nº 25, 2011, pp. 37-54, y BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis de Estado-Nación*, Comares, Granada, 2007, quienes consideran que la intervención del Derecho penal está condicionada por las desigualdades sociales y, por tanto, deslegitiman su intervención.

<sup>54</sup> En este sentido: MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1975, p. 41 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la crisis de 1917-1923*, Escuela Social, Murcia, 1977, p.15.

<sup>55</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 10.

<sup>56</sup> En profundidad, véase DUVERGER, M., *Introducción a la Política*, 4ª ed., 1976, p. 212.

del Trabajo, como ha apuntado la doctrina iuslaboralista, cumple dos funciones: por un lado, corregir la desigualdad que reina en la relación entre empleadores y personas trabajadoras y, por otro, ser un instrumento de pacificación y control social<sup>57</sup>, para lo que se requiere de la protección penal<sup>58</sup>.

No se puede perder la esencia de lo que se ha denominado Derecho del Trabajo clásico<sup>59</sup>, que desde hace más de tres décadas sufre continuas acometidas reformistas. Estas reformas, en nuestra opinión, lo que realmente provocan es su debilidad frente a otras ramas del ordenamiento jurídico. Principios básicos que parecían asentados, como la indemnidad de la relación laboral, no pueden verse desprotegidos por fórmulas que proclaman las bondades de la flexibilización, sin analizar las consecuencias que, una flexibilización descontrolada, puede tener sobre los principios básicos del Derecho Laboral y sobre la vida de las personas trabajadoras al no garantizarles la seguridad en el trabajo. Fórmulas que aseguran contribuir a incrementar los beneficios empresariales sin perjudicar los derechos de las personas empleadas, pero que como veremos, no logran su objetivo de mejora. Estas mejoras suelen ser, en tiempos de crisis económica, a costa de la reversión de derechos laborales, con el fin de abaratar costes de producción empresarial que provoquen una mayor inversión de capital por parte de la patronal. Interés legítimo que debe equilibrarse con el interés de seguridad en el empleo de las personas trabajadoras y, de esta forma, garantizar la justicia social y mantener la paz social.

En 1984 la doctrina científica más autorizada mencionaba que “desde perspectivas técnicas se argumenta que no estamos hoy ante una clásica crisis de demanda, sino ante lo que los expertos en Economía denominan una crisis

---

<sup>57</sup> En este sentido, véase: GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 11.

<sup>58</sup> Los antecedentes del Derecho penal laboral en España se tramitaban en el terreno disciplinario-administrativo. De esta forma se conseguía mayor agilidad en su aplicación, véase: BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2ª Edición revisada, Trotta, Madrid, 1997, p. 20.

<sup>59</sup> En este sentido, véase: RODRIGUEZ PIÑERO, M., “Derecho del Trabajo y concertación social como instrumentos de la política de empleo”, *Jornadas técnicas sobre Concertación social y Empleo*, Instituto de Estudios laborales y de la Seguridad Social de España, Madrid, 1981, p. 118.

de oferta, queriéndose indicar con ello que su rasgo diferenciador reside en el incremento del coste de los factores productivos, que destruye competitividad de las empresas y conduce inexorablemente a la caída del empleo<sup>60</sup>. Por ello, se ha acudido habitualmente a la flexibilización del mercado laboral, a sus vías de intermediación laboral y a la externalización productiva. Y, todo ello, sin contemplar, en demasiadas ocasiones, su contraparte, la seguridad de las personas trabajadoras. Por este motivo, la doctrina comenzó a discutir sobre la “flexiseguridad”<sup>61</sup> en el Derecho del Trabajo.

Cabe advertir que las crisis afectan por igual al sector privado que al público<sup>62</sup>. El Estado, que no es ajeno a estas situaciones, busca, legítimamente,

---

<sup>60</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 12. También, SANCHEZ AYUSO, M., y ANTUÑANO MARURI, I., *Crisis económica: hechos, políticas e ideas*, pirámide, Madrid, 1981, p. 39. Estos autores, se ponen, sin embargo, en guardia respecto de las versiones simplistas acerca de la caracterización de la crisis de los años 80 como una crisis de oferta.

<sup>61</sup> La doctrina científica más autorizada considera el término flexiseguridad un neologismo que “alude a un modelo de articulación y ordenación de las relaciones laborales que aspira a conjugar un elevado grado de flexibilidad en el mercado laboral (contrataciones y despidos más fáciles, rápidos y poco gravosos, movilidad del personal, retribuciones variables, que permitan ajustar las condiciones laborales y las necesidades de mano de obra a las diferentes coyunturas) con una adecuada y permanente protección al trabajador desempleado (subsidios, indemnizaciones) y una eficaz política de empleo (disminuyendo los periodos de inactividad, propiciando la formación profesional permanente)” en CAVAS MARTÍNEZ, F., “El Derecho Social ante la crisis”, *Aranzadi social*, 2008, nº. 19., p. 2.

<sup>62</sup> La crisis económica ha afectado también a la Administración, por ejemplo, a la temporalidad que, como ha manifestado un sector de la doctrina académica “España no ha sido una excepción al fenómeno extendido en los países de su entorno, consistente en la extensión paulatina de una utilización de la contratación temporal en fraude de ley por parte de las Administraciones públicas (en adelante AAPP)”. SANCHEZ GARCÍA, A., “Las medidas correctoras del abuso de la temporalidad de los empleados públicos en España”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº. 23, 2019, 161-206, p. 162, provocando que esta realidad se manifieste en las resoluciones judiciales de los juzgados y tribunales encargados del control de la AAPP, los cuales han calificado el fenómeno como una “práctica habitual” (Sentencia 161/2017 de 29 de septiembre, Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Orense, Procedimiento 94/2017.) que, “desde hace tiempo” (Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso-administrativo) 207/2019, de 13 de marzo, Rec. 3970/2016), ha dado lugar a “graves abusos” (Íbid.), así como a un proceso de “desnaturalización” (Auto de 8 de junio de 2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Madrid, PA 125/2017) al recurrir a este tipo de contratación para cubrir puestos permanentes y estables, consistente en el recurso sistemático a este tipo de contratación para la cobertura de puestos de trabajo de carácter permanente y estable. Apreciación también extendida entre la doctrina, como se puede apreciar en MARTÍNEZ MARÍN, A., *Estudio sistemático del derecho administrativo*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 434-435; BOLTAINA I BOSCH, X., “Empleo precario y conflictos jurídicos en las administraciones públicas locales y autonómicas”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadique Furió Ceriol*, vol. 52/53, 2005, p. 185; MAESO SECO, L. F., “Clases de empleados públicos”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.), *Régimen jurídico de la función pública*, Lex Nova, Valladolid 2013, p. 166, donde se pueden destacar los términos de “interino ficticio” y “funcionario en precario”; y JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Luces y sombras del

beneficiarse de estas figuras jurídicas, como la externalización y la intermediación laboral, para hacer frente al déficit presupuestario de la Administración. Lógicamente, debe fomentar este tipo de medidas para recortar el déficit público, pero sin perjudicar, al revertir derechos laborales, a quienes debe proteger, las personas trabajadoras, su ciudadanía. En otras ocasiones, la Administración ha tenido que liberalizar servicios públicos, rompiendo el monopolio estatal a favor de la liberalización de sectores de la economía y del trabajo.

La flexibilización del mercado de trabajo es uno de los nexos de unión entre intermediación laboral y externalización productiva. En una situación económica crítica, se acepta, tácitamente, que el riesgo que asume el empresario es mayor del habitual, por lo que no invertirá su capital donde haya un sistema legal rígido que no se adapte fácilmente a los continuos cambios de los mercados. Por ello, se tiende a adaptar la normativa que rige el mercado laboral a los preceptos del mercado puramente económico, ¿o debe ser al revés?

Ciertamente, como se consideraba en los años 80, “la finalidad de obtener un “reparto del trabajo disponible”, así como la de “homologar la situación española con las otras economías occidentales”<sup>63</sup>, es la que sirve de justificante a medidas impulsoras de la flexibilización y, consecuente, de liberalización del mercado de trabajo. Sin embargo, cuando en la exposición de motivos de las leyes se habla de “flexibilizar las relaciones laborales”, de “flexibilización del empleo” o de “flexibilización de plantillas”, lo que subyace en última instancia es la libertad absoluta en el mercado laboral, llevar el neoliberalismo económico al Derecho del Trabajo.

El Estado, desde su posición de garante de los derechos, como ocurre actualmente, tiene que tener un servicio nacional de empleo que disponga de servicios de empleo públicos. Estos servicios de empleo públicos, para llevar a

---

nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en DEL REY GUANTER, S., (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley – Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pp. 54-55.

<sup>63</sup> El entrecomillado pertenece a la exposición de motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados arts. de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.



cabo sus funciones, requieren de agentes que permitan vincular, de manera eficiente y ágilmente los puestos vacantes, agentes que pueden ser públicos o privados. Sea como fuere, ambos deben perseguir el mismo fin y seguir las mismas reglas de actuación, las contempladas en el ordenamiento jurídico, laboral y penal-laboral, vigente.

Indudablemente, estos agentes deben estar, de manera efectiva y eficiente, sometidos al control de las administraciones. Determinar si los agentes privados de intermediación laboral o de puesta a disposición de mano de obra, complementan o sustituyen a los agentes públicos, no es objetivo de la presente tesis doctoral. Sin embargo, vigilar que su actuación no perturbe el mercado laboral, y definir qué incumplimientos normativos llevados a cabo por tales agentes privados deben ser sancionados por la vía administrativa laboral y cuáles por la vía penal, sí lo es. A priori, cabe afirmar que estos agentes privados son necesarios para reducir el desempleo y activar la economía, por lo que es fundamental proteger las relaciones laborales respecto de sujetos que perturben negativamente dicha relación por actuar estos al margen de la normativa vigente.

Asimismo, dentro de la tutela que requiere la indemnidad de la relación laboral, se debe prestar especial atención a la cesión ilegal de mano de obra, de la que se deriva, en nuestra opinión, uno de los supuestos típicos del delito de tráfico ilegal de mano de obra, tipificado en el art. 312.1 CP. Este tipo penal engloba tanto la cesión ilegal de mano de obra como la intermediación laboral fraudulenta. Ambos fenómenos son negocios ilícitos que pervierten la relación laboral pura entre quienes emplean y quienes trabajan subordinadamente, por lo que han de ser sancionados administrativamente y, en determinados supuestos, por la vía penal.

Un sector de la doctrina considera que el Derecho vacila cuando se ve forzado a “entrar en arreglos con la necesidad”<sup>64</sup>. Sin embargo, donde no puede vacilar es a la hora de admitir que los injustos más graves que se lleven a cabo contra el ordenamiento social se han de perseguir penalmente<sup>65</sup>. Es el Derecho

---

<sup>64</sup> CARBONNIER, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, traducción y prólogo de DIEZ PICAZO, L., Tecnos, Madrid, 1974, p. 146.

<sup>65</sup> En este sentido véase IHERING, R.V., *La lucha por el Derecho*, Comares, Granada, 2008.

Penal la rama del ordenamiento jurídico encargada de proteger aquellos supuestos que, por su especial trascendencia, requieren un reproche mayor que la mera sanción administrativa.

Parece evidente que “necesidad y flexibilización se identifican en los momentos actuales”<sup>66</sup>. La flexibilización se emplea como solución para activar la economía. No obstante, aunque sea el precio a pagar para activar el mercado laboral y reducir el desempleo, se debe velar por mantener la paz y la justicia social, el fin último del Derecho del Trabajo. Con esta investigación tratamos de aportar luz en la materia, al analizar algunos medios utilizados para lograr este honorable objetivo.

Debemos traer a colación, para fundamentar nuestra tesis, un estudio de la ciencia política, conforme al cual, existe una estrategia, que es utilizada tanto por regímenes políticos democráticos como por los autoritarios, que consiste en “disimular los fines y los motivos reales de la acción política tras unos pseudofines y pseudomotivos que son más populares y que gozan por tanto de un mayor sostén por parte de la opinión pública”<sup>67</sup>. Existen muchos motivos para pensar que la aludida estrategia se extiende al Ordenamiento jurídico-laboral. En la presente investigación analizaremos, asimismo, si ciertas reformas laborales, que han afectado a nuestro objeto de estudio, lo que realmente han hecho ha sido revertir o, incluso, suprimir, derechos que pueden provocar que el art. 312.1 CP carezca de contenido material o, lo que es más llamativo, su falta de aplicación por desconocimiento de los requisitos y elementos del tipo. A tal efecto, intentaremos responder a la cuestión de qué es realmente el tráfico ilegal de mano de obra; y una vez se encuentre respuesta a tal pregunta, se planteará si se debe perseguirse penalmente el tráfico ilegal de mano de obra. En todo momento se ha de tener presente que, como resulta obvio, es imprescindible abordar el delito de tráfico ilegal de mano de obra, partiendo de una visión iuslaboralista.

---

<sup>66</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 17.

<sup>67</sup> DUVERGER, M., M., *Introducción a la Política*, cit., p. 184.

Ciertamente, el Derecho del Trabajo “no es un ordenamiento progresista, compuesto de derechos irreversibles”<sup>68</sup>. Sin embargo, debe haber “garantismo legislativo”. Este garantismo se debe aplicar sobre el tráfico ilegal, o prohibido, de mano de obra, siendo dicho garantismo necesario para impedir y sancionar comportamientos fraudulentos que lesionan gravemente los derechos de las personas trabajadoras.

No se debe olvidar que “el Ordenamiento jurídico no es sólo un servidor de la Economía, que deba arrodillarse ante todas sus exigencias, sino que, junto a un fin que no puede ocultarse -que es el de posibilitar la pervivencia del orden económico y social establecido- tiene también la misión ineludible de garantizar ciertas dosis, cuando menos, de ese concepto, todo lo ambiguo e impreciso que se quiera, denominado justicia social”<sup>69</sup>. Sin duda, para el logro de la justicia social, es imprescindible que el Derecho, a través de los ordenamientos laboral y penal, delimite y sancione adecuadamente al tráfico ilegal de mano de obra, materia que constituye el objeto de investigación de la presente tesis doctoral.

---

<sup>68</sup> En este sentido, LYON-CAEN, G., “La crise du Droit du travail”, AA.VV., *In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, 1980, p. 263. También véase DE LA VILLA, I.E., “Empleo y crisis económicas”, en *Jornadas sobre el empleo en la Crisis Económica*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1982, p. 22, ha afirmado que “es difícil defender política o jurídicamente la tesis de la irreversibilidad absoluta de los derechos laborales incorporados al ordenamiento positivo, pero un Derecho del Trabajo que constituyera un conjunto de normas totalmente reversibles perdería la confianza, o mejor, el respeto, de los trabajadores, y daría paso a la iniciación de las conquistas no pacíficas, reproduciendo, en definitiva, el proceso histórico de todos conocido”.

<sup>69</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*. cit., p. 21.



## INTRODUZIONE

Le imprese, per ragioni economiche, organizzative o produttive, decentralizzano la loro produzione, e talvolta addirittura delocalizzano, cercando una maggiore redditività economica in paesi con scarsa protezione del lavoro e generando, eventualmente, situazioni di dumping sociale<sup>70</sup>. Le aree geografiche abbandonate dalle imprese vedono aumentare il tasso di disoccupazione, il rischio di esclusione sociale e, di conseguenza, i livelli di povertà, che devono essere mitigati dalle politiche sociali<sup>71</sup>. D'altro canto, le unità produttive decentrate offrono, per diverse circostanze, delocalizzate o meno, condizioni di lavoro precarie alle persone che impiegano<sup>72</sup>. Infine, per un motivo o per l'altro, il decentramento produttivo e, se del caso, la delocalizzazione delle imprese sono suscettibili di incidere negativamente sul livello di occupazione e sulle condizioni di lavoro.

È precisamente lo stato di vulnerabilità in cui si trovano le persone senza lavoro e a rischio di esclusione sociale, ciò che le rende vittime di eventuali irregolarità di “diversa intensità” quali le frodi nell'assunzione o nel trasferimento

---

<sup>70</sup> Tale situazione si manifesta, ad esempio, attraverso le cosiddette “imprese maquiladoras” (le “maquiladoras”, originarie del Messico, sono società che importano materiali senza pagare dazi e commercializzano i loro prodotti nel paese di origine della materia prima) che sono utilizzate nelle strategie decentrate dei paesi sviluppati per ridurre i costi del lavoro. Il suo impatto sui paesi meno sviluppati, come i paesi dell'America centrale, ha avuto effetti negativi sulle condizioni di lavoro. In questo senso, GOLDIN, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (dirs.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 30; GOLDIN, A., *La libertad sindical y las iniciativas voluntarias; el caso de Jerzees de Honduras*, in GORELLI HERNANDEZ, J., (coord.), *El Derecho a la negociación colectiva” Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Colección Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, Sevilla, 2014, p. 191.

<sup>71</sup> In questo senso, riteniamo, come ha affermato la dottrina scientifica, “che il lavoro coincide con la stessa personalità umana, non vi è atto né situazione in cui questa si trovi impegnata che non generi un problema del lavoro”, in DE RUGGIERO, G., *El concepto del trabajo y su génesis histórica*, La Pleyade, Buenos Aires, 1973, p. 97.

<sup>72</sup> Alcuni autori parlano di “povertà laboriosa” riferendosi al degrado delle condizioni di lavoro provocato dal decentramento produttivo. Vedere: RODRIGUEZ-PIÑERO y B RAVO-FERRER, M., “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, n°.2, 2009, p. 27; MARTINEZ MORENO, C. “El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno”, in MORENO I GENÉ, J. (dir.), FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2017, pp. 181-216; MONEREO PEREZ, J. L., “La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n°. 2, 2016, p. 116.

illegale di manodopera e, nei casi più gravi, le vittime di reati contro i diritti dei lavoratori, come il traffico illegale di manodopera; L'Europa ha bisogno di un'Europa più forte, più forte, più forte, più forte, più forte e più forte.

Tale indagine si basa sull'analisi di documenti giuridici, sulla base dello studio effettuato dalla dottrina scientifica del lavoro e della giurisprudenza in materia di cessione illegale di manodopera o traffico vietato di manodopera, di cui all'articolo 43 dello statuto dei lavoratori (ET). La comunità scientifica del lavoro sostiene che, nella sua versione aggravata, tale illecito può essere perseguito penalmente per traffico illegale di manodopera, reato di cui all'art. 312.1 del codice penale (CP). Per completare la nostra analisi, ricorriamo alla dottrina scientifica penale, secondo la quale, il presunto reato di traffico illegale di manodopera comprende, oltre a presunti trasferimenti illegali di manodopera, la collocazione al di fuori dei meccanismi giuridici. Inoltre, analizziamo la giurisprudenza e la dottrina giudiziaria ricaduta in materia, al fine di conoscere i criteri interpretativi esistenti nell'ordine sociale e in quello penale. Osserviamo che mentre esiste una giurisprudenza del lavoro relativa ai reati penali, le sentenze pronunciate dinanzi alla giurisdizione penale stabiliscono il bene giuridico protetto e i presunti reati, ma non sanzionano per collocamento al di fuori dei meccanismi legali o per cessione illegale di manodopera.

La ricerca ha lo scopo di studiare che cosa è il traffico illegale di manodopera. A tal fine, sarà necessario precisare quali infrazioni del l'ordine sociale, nella sua versione aggravata, integra. Si tratta di disporre di linee di guida che consentano agli operatori giuridici di conoscere a fondo questo reato e, in tal modo, di poterlo perseguire e sanzionare adeguatamente. Intendiamo unire due discipline dell'ordinamento giuridico, quella del lavoro e quella penale, per quanto riguarda una materia, il traffico illegale di manodopera, considerando che tale denominazione tutela penalmente una serie di interessi concreti e astratti che incidono sull'indennità del rapporto di lavoro<sup>73</sup>. Per questo motivo riteniamo che

---

<sup>73</sup> In tal senso si è espressa la SAP Tarragona 422/2015 del 3 novembre, ARP 1676, dichiarando che "la questione da chiarire è quale delle condotte disciplinate dal diritto del lavoro potrebbe essere incardinata nel tipo penale di traffico illegale di persone che ora esaminiamo e quali altre sarebbero riservate al settore amministrativo-lavorativo. Sarebbe stato opportuno che il legislatore penale stabilisse una maggiore delimitazione della sanzione penale e della sanzione amministrativa, senza lasciare questo compito alla dottrina e alla giurisprudenza. Di fatto, esiste un consenso dottrinale nel criticare la parzialità nella definizione dell'azione penale, che, pur non

debba essere tutelata in modo efficace dal diritto del lavoro e dal diritto penale<sup>74</sup>, in base all'importanza che l'indennità dal rapporto di lavoro riveste per il mantenimento dello "Stato assistenziale"<sup>75</sup>.

Nella presente tesi utilizziamo una metodologia mista, quantitativa (sentenze) e qualitativa (interviste a professionisti del traffico illegale di manodopera). Infatti, per le nuove realtà sociali e le sfide accademiche che ci attendono, diventa indispensabile il pluralismo metodologico<sup>76</sup>. Certo, queste metodologie presuppongono un'innovazione nella metodologia classica della scienza giuridica, ma sono anche un'applicazione di ciò che, come vedremo, un ampio

---

essendo oggetto della presente risoluzione, potrebbe addirittura sollevare problemi derivanti da una violazione del principio di legalità penale, data la mancanza di chiarezza e di tassatività nella determinazione del comportamento proibito (anche se questa critica potrebbe essere estesa anche ad altri tipi di reati previsti dal codice penale nella cui configurazione è stata utilizzata la tecnica legislativa del diritto penale in bianco e di conseguenza sono stati inclusi elementi normativi di cui integrazione passa necessariamente attraverso il relativo rinvio alla normativa extrapenale)".

<sup>74</sup> Il bene giuridico protetto (un insieme di interessi che riguardano l'indennità del rapporto di lavoro) è stato definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza penale (sentenza della Sezione penale del TS del 30 giugno 2000 [RJ 2000, 6081]). Una delle sfide della presente indagine sarà quella di collegare la tutela del lavoro a quella penale. La giurisdizione penale deve tutelare il rapporto di lavoro dei soggetti che intraprendono azioni che pregiudicano questo bene giuridico astratto che, per essere astratto, deve essere adeguatamente definito dal diritto del lavoro e penale, deve essere tutelato dai rispettivi regimi sanzionatori in modo efficace ed efficiente. Si tratta di un obiettivo complicato e certamente ambizioso, che richiede un'ulteriore revisione, quando saranno disponibili ulteriori dati ufficiali; in ogni caso, possiamo già avanzare la mancanza di dati ufficiali sul traffico illegale di manodopera, nonché la scarsa dottrina professionale-penale in materia. Questa tesi, in particolare, mira ad essere un punto di partenza per definire la tutela penale del traffico vietato di manodopera, partendo dal diritto del lavoro.

<sup>75</sup> ALAIN SUPIOT ritiene che "più che parlare di Stato di benessere (audace traduzione latina di Welfare) o Stato-Providenza (che implica una trascendenza e un'unilateralità non proprie dell'esattezza delle costruzioni del diritto sociale), Si dovrebbe qui parlare di Stato sociale, cioè della parte che assume il diritto e le istituzioni dello Stato nella costruzione del legame sociale già da un secolo. opponendosi allo Stato gendarme (o minimo), in quanto semplice arbitro delle relazioni sociali alle quali egli non partecipa direttamente, e allo Stato Leviathan, in quanto quest'ultimo intende inghiottire l'intera società, lo Stato sociale partecipa attivamente al gioco sociale, di cui ammette di non essere l'unico proprietario", in MARZAL, A. (ed.), *Crisi dello stato del benessere e del diritto sociale*, José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 19. Il concetto di "welfare" emerge dopo la seconda guerra mondiale come antitesi al concetto di "warfare". Si è cominciato a considerare lo Stato assistenziale come quello che si impegna a creare una situazione di benessere sociale ed economico alla propria cittadinanza, generando un obbligo primario da parte dello Stato o del governo a tale riguardo, che si manifesta attraverso diverse misure.

<sup>76</sup> RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, J. "Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 1994, n°. 31, pp. 19-38; CRUZ VILLALÓN, J., "La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo", *Temas Laborales*, n°. 132, 2016, pp. 73-121.

settore della dottrina giurisprudenziale richiede<sup>77</sup>. Occorre inoltre ricordare che le metodologie utilizzate nella presente tesi non sopprimono né annullano quelle utilizzate tradizionalmente, ma le integrano per poter dare una risposta più completa ad un problema giuridico di estrema importanza, che richiede uno sguardo analitico approfondito, che è in grado solo di apportare la complementarità metodologica che portiamo avanti. Problema giuridico, come il traffico illegale di manodopera, che si svolge in una società complessa, dinamica e poliedrica, alla quale dobbiamo avvicinarci per studiarlo in modo più approfondito, con tutta la conoscenza della scienza giuridica ma anche con i contributi concettuali e strumentali di altre aree di conoscenza che ci forniscono materiali per la loro analisi e comprensione e, Di conseguenza, ci permettono di elaborare affermazioni basate sul metodo scientifico.

La metodologia applicata ci ha permesso di porci diverse domande di indagine, relative al traffico illegale di manodopera, come vedremo qui di seguito.

La metodologia quantitativa la destiniamo all'analisi e allo studio delle sentenze; utilizziamo un disegno osservazionale e non sperimentale, all'interno della prospettiva empirico-analitica, di base positivista razionalista (paradigma positivista), per quanto riguarda la progettazione analitica, attraverso lo studio e l'analisi documentale delle sentenze sul traffico illegale di manodopera. Come strumento per ricavarne informazioni, costruiamo un protocollo di osservazione sistematica che include "rischio astratto, condizioni abusive, sfruttamento, commercio/negoziazione, intermediazione, cessione illegale, abitudine, sia legale, lucro, nazionale/estero, dolo, condanna...". Abbiamo stabilito queste categorie dopo aver osservato che i documenti accademici del lavoro e penali che trattano del traffico illegale di manodopera sono unanimi nell'interpretare che l'art. 312.1 CP tutela il collocamento al di fuori dei meccanismi legali e la cessione illegale di manodopera o il traffico proibito di manodopera, mentre

---

<sup>77</sup> Come ha scritto Massimo D'ANTONA: "l'interprete somiglia a un ingegnere che costruisce con diversi materiali offerti dal linguaggio i ponti su cui scorrono le comunicazioni tra diritto e società", in D'ANTONA, M., *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 1999, p. 171; en este sentido, ROMAGNOLI, U., "Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía" en LOPEZ LOPEZ, J. (coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador: homenaje a Massimo D'Antona*, Marcial Pons, 2001, pp. 309-323.



l'interpretazione dominante nella giurisdizione penale ritiene che vi sia traffico illegale di manodopera quando la persona impiegata viene sfruttata.

I dati ottenuti sono stati analizzati attraverso il pacchetto statistico SPSS V.19, che ci permette di vedere la matrice delle correlazioni tra le categorie del protocollo di osservazione utilizzato. Tra i risultati si constata che il traffico illegale di manodopera è considerato il reato contro la “indennità del rapporto di lavoro” che implica lo “sfruttamento delle persone che svolgono un lavoro” e che vi è incoerenza tra i documenti accademici sul lavoro e i documenti penali relativi al traffico illegale di manodopera e le interpretazioni contenute nelle sentenze, perché mentre i primi sono unanimi nell'interpretare che l'art. 312.1 CP sanziona il collocamento al di fuori dei meccanismi legali e la cessione illegale di manodopera o il traffico proibito di manodopera, Tuttavia, l'interpretazione data nelle sentenze sul traffico illegale di manodopera parte dal fatto che vi è traffico illegale di manodopera quando il lavoratore viene sfruttato. Tutti i risultati sono esposti nel capitolo I; la loro incoerenza con la dottrina accademica e giurisprudenziale del lavoro è sviluppata nei capitoli II e III; e sono trattati nelle conclusioni.

Come si è detto, l'analisi delle pronunce giudiziarie ci porta a constatare che non c'è coerenza tra la dottrina accademica e l'interpretazione giudiziaria, cosa che svilupperemo più avanti. Allo stesso tempo, lo studio delle sentenze ci ha dato l'opportunità di interrogarci su quale sia il bene giuridico protetto nel 312.1 CP e su cosa si debba sanzionare penalmente dopo le varie riforme del lavoro. la sentenza della Corte suprema (di seguito STS), Sezione penale, del 30 giugno 2000<sup>78</sup>, indica che il bene giuridico protetto nel traffico illegale di manodopera è un insieme di interessi concreti e generali che tutelano l'indennità del proprio rapporto di lavoro; quali sono questi interessi?

In base al contenuto delle sentenze, ci si chiede inoltre se, nel 2010, l'articolo 177 bis sulla tratta di esseri umani, essendo uno dei suoi scopi lo sfruttamento del lavoro, Perché il traffico illegale di manodopera di cui al l'art. 312.1 CP? Al fine di trovare risposte e progredire nella comprensione del problema giuridico

---

<sup>78</sup> STS (Penal) 30/06/2000, (RJ/2000/6081).

studiato, abbiamo deciso di intervistare professionisti che, in modo diverso, hanno a che fare con il traffico illegale o proibito di manodopera, nella consapevolezza che coloro che operano nella pratica devono applicare la legislazione e conoscere la dottrina scientifica in materia e la giurisprudenza.

A tal fine, utilizziamo una metodologia qualitativa, prospettiva umanistico-interpretativa, di base naturalista-fenomenologica (paradigma interpretativo)<sup>79</sup>. Analizziamo il contenuto delle domande dei colloqui sul traffico illegale di manodopera, attraverso la tecnica di analisi dei contenuti, in modo da poter fondare su che cosa si intende per traffico illegale di manodopera e dedurre dalle sue risposte, dalle sue concezioni sul tema in esame, dalle sue eventuali lacune concettuali e, essere in grado di chiarire che cosa si debba intendere per “insieme di interessi concreti e generali che tutelano l’indennità del proprio rapporto di lavoro”, che ci aiuterà ad analizzare le norme del lavoro su cui si basa il tipo penale.

Abbiamo costruito le domande del colloquio basandoci sugli obiettivi della tesi di dottorato. Per l’analisi delle stesse, ci rivolgiamo al programma informatico Atlas.ti 6.2.15. Le indagini qualitative cercano di comprendere la realtà, da una prospettiva globale, per poterla trasformare in contesti concreti, nel nostro caso, le questioni di diritto penale e del lavoro, che riguardano il traffico illegale di manodopera. Le interviste ci forniscono informazioni in forma verbale e registrata, come testo, sul tema oggetto di studio; occorre sottolinearne l’importanza perché i legami tra le parole della legge e le idee politiche, economiche, sociali, morali e giuridiche che le ispirano, si espongono alla variabile contesto storico in cui si integrano<sup>80</sup>. L’analisi delle interviste consiste nel ridurre l’informazione e nell’organizzarla in unità concettuali di base (le note

---

<sup>79</sup> SABARIEGO PUIG, M., “La investigación educativa: génesis, evolución y características”, en BISQUERRA ALZINA, R., *Metodología de la investigación educativa*, La Muralla, Madrid, 2004, pp. 52-87.

<sup>80</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009.

categorie), mediante un processo costante tra osservazione e analisi, chiamato analisi qualitativa dell'informazione<sup>81</sup>.

Dobbiamo ricordare che la ricerca parte dalla lettura iniziale dei documenti accademici in materia giuridica. La Commissione ritiene che il trasferimento illegale o proibito possa essere sanzionato penalmente con l'aliquota prevista dall'art. 312.1 CP, ma non c'è nessuna condanna penale per questi fatti, dall'entrata in vigore del CP del 1995. Per questo motivo ricorriamo all'analisi documentale dei testi legali, della dottrina scientifica e della giurisprudenza, per precisare quali inadempienze si sanzionano nell'ordine sociale, in tal modo, cercare di determinare in quali casi tali illeciti dovrebbero essere sanzionati penalmente, tenendo conto del fatto che l'ordinamento penale è un diritto di intervento minimo, e che non abbiamo condanne per collocamento al di fuori dei meccanismi legali o per cessione illegale di manodopera.

Per raggiungere il nostro obiettivo, contestualizziamo anche l'oggetto di studio partendo dall'esternalizzazione di servizi o decentramento produttivo, in un mondo sempre più globalizzato. Il decentramento produttivo non è un fenomeno recente. Da tempo immemorabile se ne vedono esempi<sup>82</sup>, anche, così si potrebbe considerare, nel S. XVI, l'assunzione dei lanzichenecchi<sup>83</sup>, tra gli altri, dall'imperatore Carlo V.

Tuttavia, è un dato di fatto che l'esternalizzazione, chiamata anche decentralizzazione produttiva o "outsourcing"<sup>84</sup>, si è diffusa negli ultimi tempi,

---

<sup>81</sup> SABARIEGO PUIG, M., "La investigación educativa: génesis, evolución y características", cit., pp. 52-87.

<sup>82</sup> Non c'è dubbio che il primo carpentiere ad aver assunto un'altra persona per abbattere gli alberi con cui costruire i propri mobili stava già esternalizzando un aspetto della sua attività produttiva.

<sup>83</sup> Soldato della fanteria tedesca, che ha combattuto anche accanto ai terzi spagnoli durante la dominazione della casa in Austria, <http://dle.rae.es/?id=Mtnap79>, consultato il 25 marzo 2018.

<sup>84</sup> Il termine "outsourcing", che può essere tradotto in castigliano come "fornitura esterna", è respinto da un settore della dottrina per la sua imprecisione concettuale; in questo senso, LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C. (2003). *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia, p. 22. En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S., "Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva, en La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial", en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S.,(dir.), *La*

sviluppendosi rapidamente e talvolta in modo incontrollato. A ciò ha contribuito sia il fatto che le imprese hanno permesso di esternalizzare quasi tutte le fasi del processo produttivo, sia il fatto che sono molti i benefici che il decentramento porta a diversi soggetti. Questa forma di organizzazione aziendale riduce i costi di produzione dell'impresa e ne aumenta l'efficienza, il che si ripercuote sui consumatori diminuendo il prezzo finale del prodotto; D'altro canto, i profitti realizzati permettono di aumentare gli investimenti e di creare nuovi posti di lavoro, se realizzati in modo controllato. Constatiamo che esiste un forte legame tra il diritto del lavoro e l'economia.

Il decentramento è consentito, in Spagna, dalla Costituzione del 1978 e dall'ET e, come è stato appena sottolineato, offre notevoli vantaggi alle imprese, in quanto consente loro di trarre il massimo profitto dal loro processo produttivo, nel limite dei diritti delle persone occupate. Attraverso l'esternalizzazione si possono violare i diritti dei lavoratori o, quantomeno, si può verificare un regresso nei loro diritti lavorativi. È qui che gli interessi imprenditoriali entrano in conflitto con quelli dei lavoratori che chiedono maggiore protezione, principalmente, ma non esclusivamente, una maggiore sicurezza nel loro rapporto di lavoro e di conseguenza, sul posto di lavoro, insieme con aumenti salariali. Da parte loro, le imprese perseguono maggiori profitti commerciali e, a tal fine, chiedono una regolamentazione rispettosa dei loro interessi, nella consapevolezza che, per crescere ed essere competitive in un mondo sempre più globalizzato, richiedono in definitiva una maggiore flessibilità nello svolgimento della loro attività produttiva<sup>85</sup>. Si confrontano infine due interessi legittimi, la sicurezza che reclamano i lavoratori rispetto alla flessibilità che esige l'imprenditoria. In questa nuova "cultura imprenditoriale" emergono nuove realtà imprenditoriali tra cui le "imprese in rete", rete costituita da diverse imprese che instaurano tra loro relazioni flessibili e cooperative, di carattere non gerarchico<sup>86</sup>.

---

*externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos laborales y de seguridad social*, Comares, Granada, 2018, p. 6.

<sup>85</sup> MOLINA NAVARRETE, C., *Teoría de las relaciones laborales*, CEF, Madrid, 2011, p. 190.

<sup>86</sup> Un settore della dottrina scientifica afferma che «tradizionalmente si è inteso che il decentramento produttivo si manifesta, in un primo tempo, per i processi che esternalizzano attività non permanenti o complementari rispetto a ciò che costituisce l'oggetto centrale della produzione o del servizio fornito, quali compiti di sorveglianza della sicurezza, pulizia e

Tali strategie aziendali possono generare disparità tra il personale dell'impresa stessa e quello di un'agenzia interinale o di un'impresa di lavoro temporaneo (ET). La questione è come equilibrare gli interessi in conflitto, vale a dire come promuovere e promuovere gli interessi delle imprese senza che ciò vada a scapito dei diritti dei lavoratori<sup>87</sup>.

In questo nuovo modello decentrato di produzione sarà necessario distinguere l'esternalizzazione legittima da quella che cerca semplicemente di sfuggire al diritto del lavoro applicabile; e occorre distinguere tra i casi di trasferimento illecito che costituiscono reato amministrativo e gli altri casi in cui deve intervenire il diritto penale, in quanto costitutivi del reato di traffico illegale di manodopera.

Per comprendere gli interessi che sono tutelati nel traffico illegale di manodopera e che danno senso alla loro inclusione nel CP, dobbiamo partire dall'analisi del mercato del lavoro spagnolo. Nel corso degli ultimi anni, il mercato del lavoro spagnolo ha sperimentato e mostrato una serie di caratteristiche, diverse da altri paesi dell'ambiente, che, per la loro estensione, non analizzeremo in questo lavoro. Tuttavia, sottolineeremo quattro punti del mercato del lavoro spagnolo<sup>88</sup>.

Il primo è l'elevato tasso di disoccupazione della Spagna rispetto al resto d'Europa. Nel terzo trimestre del 2001 il tasso di disoccupazione era del 10'29%, contro l'8,43% dell'eurozona; il tasso di disoccupazione in Spagna è salito all'11'99% nel primo trimestre del 2003, mentre in Europa era del 9% nello stesso periodo. A partire da questa data, essa è scesa in Spagna al 7'93% nel secondo trimestre del 2007, mentre in Europa nel secondo trimestre del 2007 era del

---

manutenzione degli impianti, ecc.-, ma dove l'impresa tende a mantenere il controllo diretto sul nocciolo duro dell'attività produttiva", MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S., "Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva", cit., p. 5.

<sup>87</sup> Certo, le strategie attuate dalle imprese comportano un alto livello di innovazione e di creatività, nonché di cambiamento permanente della natura economico-giuridica. In tal senso si veda: MONEREO PÉREZ, J. L., "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", *Relaciones Laborales*, nº 6, 2011, p. 293.

<sup>88</sup> DEL POZO SEN, A., "La estrategia Europa 2020 en España: el fracaso del empleo", *Revista de Información Laboral*, nº. 2, 2017, pp. 65-98

7,53%; data in cui inizia ad aumentare il tasso di disoccupazione in Spagna fino a raggiungere il 26,94% nel primo trimestre del 2013, A quel punto, il 12,03% dell'eurozona, quando nuovamente inizia a scendere al 13,92% nel terzo trimestre del 2019<sup>89</sup>, dove in Europa è del 7,53%<sup>90</sup>. Come si vede, il tasso di disoccupazione spagnolo è superiore al tasso medio di disoccupazione dell'eurozona. Non vi è consenso sulle cause. Tuttavia, come analizzeremo più avanti, una delle possibili cause potrebbe essere la rigidità dell'ordinamento del lavoro nell'adattarsi alle esigenze del mercato del lavoro; A ciò si aggiungerebbe l'inefficienza della gestione dei servizi per l'occupazione e l'assenza, in particolare in determinate aree geografiche, di un solido tessuto produttivo.

In secondo luogo, vi è un eccessivo livello di temporaneità del lavoro<sup>91</sup>. A tale proposito, tra le raccomandazioni specifiche del Consiglio d'Europa alla Spagna, del 9 giugno 2019, si segnala l'elevato numero di contratti a tempo determinato e la scarsa probabilità che questi diventino contratti a tempo indeterminato, che ha ripercussioni negative sulla produttività<sup>92</sup>. La Spagna mantiene un tasso di

---

<sup>89</sup> Dati ricavati dalle informazioni fornite dall'Istituto Nazionale di Statistica. Si veda: [https://www.ine.es/prensa/epa\\_tabla.htm](https://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm)

<sup>90</sup> <https://www.epdata.es/paro-zona-euro-eurostat/203b51fc-1ce3-488f-9d15-5df8abb4a29b>

<sup>91</sup> La professoressa SELMA PENALVA ritiene che, quanto più elevata è l'offerta di posti di lavoro e tanto minore è la forza lavoro disponibile, tanto migliori saranno le condizioni di lavoro offerte. Al contrario, quando un gran numero di persone in cerca di lavoro è costretto a concorrere ad una scarsissima offerta di posti di lavoro (come tristemente è accaduto in Spagna in occasione della crisi economica), la qualità dell'occupazione diminuisce. A tal fine, è opportuno tener conto del fatto che la precarietà del lavoro deriva da molteplici fattori, tra cui l'eccessivo ricorso al lavoro temporaneo". SELMA PENALVA, A., "Los retos del derecho del trabajo en el siglo XXI: Propuestas de cambio en una época de transición", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 2018, p. 5.

<sup>92</sup> Tra le raccomandazioni specifiche del Consiglio d'Europa alla Spagna, si è ritenuto che: "Il tasso di disoccupazione ha continuato a diminuire rapidamente, ma è ancora molto elevato e l'elevato grado di segmentazione del mercato del lavoro tra contratti a tempo determinato e contratti a tempo indeterminato impedisce una crescita più rapida della produttività del lavoro. Dopo un forte impulso riformista tra il 2012 e il 2015, il contesto politico in evoluzione dello scorso anno ha contribuito a un altro anno di progressi limitati nell'attuazione delle raccomandazioni. L'attuale situazione economica favorevole offre l'opportunità di intraprendere le riforme necessarie per rendere l'economia spagnola più resiliente e aumentare la crescita della sua produttività". In: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2019-european-semester-country-specific-recommendation-commission-recommendation-spain\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2019-european-semester-country-specific-recommendation-commission-recommendation-spain_es.pdf) (p. 2)

occupazione temporanea molto elevato, con un tasso di lavoro temporaneo del 26,4% nel secondo trimestre 2019<sup>93</sup>.

In terzo luogo, vi è un'occupazione fortemente fluttuante. L'occupazione è in forte crescita in periodi di congiuntura favorevole, mentre nelle fasi di recessione è in forte calo. Da un lato, si può indicare il modello produttivo, in cui sono protagoniste le attività intensive a bassa qualificazione e, dall'altro, la possibilità di rescindere i contratti di lavoro.

In quarto luogo, le politiche per l'occupazione sono inefficienti e non si sono evolute perché, ciclicamente, affrontiamo gli stessi problemi occupazionali derivanti da politiche inefficienti. Il ruolo svolto dai servizi pubblici dell'occupazione è stato più orientato alla gestione che non ad agire come agenzia di collocamento, orientamento e formazione professionale.

Alla luce delle caratteristiche menzionate, riteniamo che i singoli governi non abbiano dato risposte efficaci né le abbiano analizzate in modo sufficientemente approfondito per non ripetere gli errori del passato. Inoltre, va aggiunto, come diciamo, il boom che negli ultimi anni ha conosciuto il decentramento produttivo. Tale fenomeno è disciplinato nel nostro ordinamento del lavoro al fine di facilitare le esigenze produttive (art. t. 42 e 43 ET) e provoca la fuga delle imprese verso luoghi in cui sia economicamente più redditizio produrre. In molte occasioni, tale fuga è dovuta agli elevati costi del lavoro<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Secondo il "monitoraggio degli indicatori di occupazione della strategia europea 2020 per la Spagna", pubblicato dal ministero del Lavoro, delle migrazioni e della sicurezza sociale, 2019, (pag. 5), disponibile su [http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/analisis-mercado-trabajo/pnr/observatorio/numeros/2019/septiembre/OBSERVATORIO.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/pnr/observatorio/numeros/2019/septiembre/OBSERVATORIO.pdf)

<sup>94</sup> In sintesi, si dovrebbe fare riferimento al "fissured workplace" o alla frammentazione dell'impresa che si traduce in un'atomizzazione del lavoro. Fenomeno, come ha dimostrato un settore della dottrina, vicino all'estrema decentralizzazione produttiva provocata dalle catene di subappalti, franchising, piattaforme virtuali ed economia collaborativa, in definitiva, dalla società in rete a cui attualmente si deve aggiungere la digitalizzazione nei rapporti di lavoro. Si veda quanto segue: WEIL, S., *La condición obrera*, Trotta, Madrid, 2014, p. 7 y ss.; ÁLVAREZ ALONSO, D., "Extinción por causas objetivas derivada de pérdida de una contrata y supuesta vulneración de la garantía de indemnidad", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º. 202, 2017, p. 145 y ss.; MARTINEZ MORENO, C., "Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT", en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2018, p. 53; TRILLO PÁRRAGA, F., "Economía digitalizada y relaciones de trabajo", *Revista de derecho social*, n.º. 76, 2016, pp. 59-82.

Il mercato del lavoro richiede tempo per adattarsi alle esigenze dell'economia di mercato. L'immediatezza necessaria alla produzione, unita a politiche occupazionali inefficaci, fa sì che le imprese possano risolvere i contratti in modo redditizio per i loro interessi, sospendendo la produzione e trasferendoli in luoghi economicamente e sul posto di lavoro più vantaggiosi. Tale situazione può essere evitata promuovendo e incentivando le clausole sociali in materia di appalti, come richiesto, ad esempio, per poter partecipare alle procedure di appalto pubblico<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> In questo senso, ad esempio, la pubblica amministrazione introduce clausole sociali negli appalti. Le clausole sociali sono state definite dal Consiglio Superiore di Assunzione Amministrativa della Generalità Valenciana come "l'inclusione di determinati criteri o principi nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, in base ai quali al contratto sono incorporati aspetti di politica sociale, come prerequisito (criterio di ammissibilità, ad esempio: per poter partecipare all'asta pubblica, sono richieste in precedenza condizioni di carattere sociale o di solvibilità tecnica in materia di inserimento sociolavorativo) come elemento di valutazione (criterio di valutazione, ad esempio: Preponderanza di alcuni criteri rispetto ad altri, che sono stabiliti nella tabella dell'avviso) o come obbligo ad eseguire il contratto (obbligo di esecuzione: la Pubblica Amministrazione non è estranea al servizio contrattuale. Pertanto, essa deve garantire il corretto svolgimento e l'esecuzione del programma nei termini stabiliti, in quanto è l'ultima responsabile e titolare del diritto. Il contratto esercita unicamente il diritto)". Si veda il parere 1/2003, del 21 marzo, del Consiglio superiore per le assunzioni amministrative della Generalitat Valenciana sull'inclusione di clausole sociali negli appalti pubblici della Generalitat Valenciana, p. 3. la legge 9/2017, dell'8 novembre, sugli appalti pubblici, che recepisce nel diritto spagnolo le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/23/UE e 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, include, negli appalti pubblici, considerazioni di carattere sociale, ambientale e di innovazione e sviluppo. Tali considerazioni possono includere "criteri di aggiudicazione, criteri qualitativi per valutare il miglior rapporto qualità-prezzo, o condizioni particolari di esecuzione, la loro introduzione è subordinata alla loro connessione con l'oggetto del contratto da stipulare. In particolare, nel caso di condizioni particolari di esecuzione, la legge impone all'amministrazione aggiudicatrice di prevedere nel capitolato d'onere almeno una delle condizioni particolari di esecuzione di tipo ambientale, sociale o occupazionale di cui all'articolo 202", e "al fine di favorire il rispetto dei diritti umani, in particolare dei diritti fondamentali dei lavoratori e dei piccoli produttori nei paesi in via di sviluppo, introduce la possibilità che i criteri di aggiudicazione e le condizioni particolari di esecuzione incorporino aspetti sociali del processo di produzione e di commercializzazione relativi ai lavori, forniture o servizi da fornire in base al contratto in questione, e in particolare può essere richiesto che tale processo rispetti i principi del commercio equo e solidale sanciti nella risoluzione del Parlamento europeo sul commercio equo e lo sviluppo (2005/2245(INI)).

LESMES ZABALEGUI, S., "Contratación pública y discriminación positiva. Clausulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral", *Lan Harremanak*, n.º. 13, 2005, p. 64. Da parte sua, il Consiglio consultivo per le assunzioni amministrative della Generalità della Catalogna le definisce, in senso stretto, come "qualsiasi disposizione che obblighi un'impresa aggiudicataria di un appalto amministrativo a realizzare l'oggetto contrattuale (secondo le specifiche tecniche definite nel contratto) e, inoltre, al conseguimento di taluni obiettivi sociali di interesse generale", nella relazione 4/2001, del 23 novembre 2001, della commissione permanente del comitato consultivo per gli appalti della Generalità della Catalogna, p. 3. In questo senso si è pronunciato un settore della dottrina, definendo le clausole sociali come "qualsiasi disposizione contenuta in un contratto o accordo commerciale in base al quale la parte che fornisce il servizio o l'esecutore dell'opera assume, come condizione di accesso all'esecuzione; l'impegno a rispettare determinati obiettivi di politica sociale del lavoro, quali la creazione di nuovi e migliori posti di lavoro, la garanzia dei diritti dei lavoratori, in particolare delle pari opportunità", in MOLINA NAVARRETE, C., "Relaciones



Infine, dobbiamo inquadrare il nostro studio nel contesto della globalizzazione, dell'occupazione e dell'economia, e nel suo rapporto con il diritto del lavoro. Dal punto di vista giuridico, una questione complessa è la definizione del termine globalizzazione. Ricorreremo all'epistemologia perché le parole sono gli embrioni delle idee che si vogliono trasmettere. È quindi necessario conoscere il significato e l'origine delle stesse, altrimenti si farà un uso scorretto della lingua castigliana. Utilizzeremo la definizione fornita dal dizionario della RAE per cercare di stabilire con chiarezza e precisione il suo significato; la RAE intende per globalizzazione "l'azione di globalizzazione (integrazione di elementi diversi); l'estensione del campo di attività delle istituzioni sociali, politiche e giuridiche a livello internazionale; la diffusione mondiale dei modi; valori o tendenze che promuovono l'uniformità dei gusti e delle abitudini; e infine, in economia, è il processo attraverso il quale le economie e i mercati, con lo sviluppo delle tecnologie della comunicazione, acquisiscono una dimensione mondiale, dipendono sempre più dai mercati esterni e sempre meno dall'azione di regolamentazione dei governi"<sup>96</sup>. Di conseguenza, data l'incidenza interdisciplinare del tema in esame, la globalizzazione ha effetti sul settore politico e giuridico, nel nostro caso con l'adozione di norme giuridiche, ma anche su quello economico, a causa dei possibili effetti sull'economia degli Stati, come vedremo più avanti, nonché sui rapporti sociali e sui valori.

D'altro canto, va notato che i cambiamenti nelle relazioni industriali, indotti dal processo globalizzante, non sono solo il prodotto delle decisioni politiche che gli Stati adottano di per sé, ma sono anche il risultato delle "raccomandazioni" o imposizioni da parte di organismi o organizzazioni internazionali quali l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), la Banca Mondiale, il Fondo Monetario Internazionale o la stessa Unione Europea (UE).

---

laborales, política de empleo y contratación pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº. 302, 2008, p. 7. Le clausole sociali sono strettamente collegate al concetto di responsabilità sociale.

<sup>96</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=globalizacion>, en línea, 21 febrero 2015.

L'appartenenza della Spagna all'UE comporta una certa perdita di sovranità nazionale, poiché quest'ultima impone norme vincolanti per creare, negli Stati membri, un ordinamento uniforme e/o armonizzato e, in caso di inosservanza, l'intervento della TJUE<sup>97</sup>.

Fin dalla sua creazione, il diritto del lavoro subisce costanti trasformazioni che toccano le sue linee ed elementi fondamentali. L'ordinamento del lavoro è sempre più ampio e complesso. Pertanto, data la necessità di una maggiore tutela di taluni beni giuridici con l'entrata in vigore del CP 1995, si è tenuto conto di questo importante settore del l'ordinamento giuridico<sup>98</sup>. Nel riconoscere che il diritto del lavoro doveva avere un paragrafo specifico, è stata introdotta un'importante innovazione nella sua formulazione, attribuendo un titolo CP ai reati contro i lavoratori<sup>99</sup>.

Tuttavia, il termine “diritto penale del lavoro” contiene particolarità che devono essere osservate con particolare attenzione, che richiedono un'analisi mista che integri gli elementi propri del diritto del lavoro e del diritto penale<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> In tal senso, STJUE dell'11 dicembre 2014 (C-576/13) Commissione Europea contro il Regno di Spagna che ha condannato lo Stato per inadempimento degli obblighi ad esso incombenti in virtù dell'art. 49 TFUE, imponendo alle imprese di altri Stati membri che desiderano svolgere l'attività di movimentazione delle merci nei porti spagnoli di interesse generale sia l'obbligo di iscriversi in una società per azioni di gestione di portuali e portuali se del caso, di partecipare al capitale di quest'ultima, da un lato, come l'obbligo di assumere in via prioritaria lavoratori messi a disposizione da detta società e, dall'altro, almeno tali lavoratori su base permanente; dall'altro lato”.

<sup>98</sup> Alcuni autori, come GARGARELLA, R., “El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y libertades*, 25, 2011, pp. 37-54, o BRANDARIZ GARCIA, J. A., *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis de Estado-Nación*, Comares, Granada, 2011, delegittimano l'intervento penale nella misura in cui esso è condizionato dalle disparità sociali. Tuttavia, noi riteniamo che si debba produrre una “legittimazione dell'intervento penale che accolga queste disparità sociali, ma nel senso di evitarle” PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, Iustel, Madrid, 2018, p. 155.

<sup>99</sup> La presente ricerca utilizza un linguaggio inclusivo e non sessista ai sensi della legge 3/2007 del 22 marzo 2007 per garantire un'effettiva parità.

<sup>100</sup> Certamente, come ha affermato ROMAGNOLI, “Il diritto penale del lavoro è un terreno del nostro ordinamento che piace a nessuna categoria di studiosi. Il che, se non sbaglio, è motivato anche dalla coscienza più o meno lucida che si tratta di un terreno in cui trova ospitalità la cattiva coscienza dell'ordinamento, errata e falsa perché assume la separazione tra norma scritta e realtà di fatto come un dato permanente con radici strutturali”, ROMAGNOLI, U., *Illeciti in materia di lavoro e nuove prospettive zancionatorie*”, *Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1977.

Come ha sottolineato un settore della dottrina<sup>101</sup>, il carattere problematico del diritto penale del lavoro deriva da due premesse: la prima riguarda la costruzione storica, la sua fondazione concettuale e la sua compatibilità con la realtà politica giuridica. La seconda premessa riguarda il presente e il futuro del diritto penale del lavoro, perché in considerazione dei nuovi rapporti di lavoro è necessario esaminare l'opportunità, l'efficacia e il senso di questa parte dell'ordinamento giuridico, ridefinendone funzionalità e limiti. Con questa ricerca intendiamo anche fare un po' di luce su questa seconda premessa.

Certo, il diritto del lavoro nasce dalla lotta di classe tra chi ha i mezzi di produzione e chi fornisce la manodopera. Per questo deve essere considerato come uno spazio giuridico che circoscrive tutti i conflitti che riguardano il mondo del lavoro e che richiede un ordinamento capace di dirimere, ricorrendo a regole prevedibili, le controversie sorte in questo settore, per cui l'ordinamento del lavoro deve avere una continuità protettiva nell'ordinamento penale<sup>102</sup>. Tuttavia, a nostro parere, sebbene il titolo XV del CP sia stato denominato "Delitti contro i diritti dei lavoratori", in quanto contiene principalmente un catalogo dei diritti dei lavoratori, Occorre tener conto del fatto che la loro richiesta è rivolta anche a coloro che assumono, a coloro che sono proprietari dei mezzi di produzione. Tale situazione rende necessario chiarire il contenuto e la portata del diritto penale del lavoro in quanto "la costituzione di regole comuni tra i datori di lavoro e la possibilità generale e omogenea di prevedere la portata e il contenuto delle controversie con i lavoratori non fanno altro che stabilire condizioni più trasparenti del mercato della protezione industriale, e rappresentano un progresso anche per i datori di lavoro<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2ª Edición revisada, Trotta, Madrid, 1997, p. 19.

<sup>102</sup> Alcuni autori parlano di dopo-continuazione del diritto del lavoro sostenendo una ri-regolarizzazione dell'intervento penale-lavorativo, in questo senso si veda: PEREZ GONZALEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, cit., 2018.

<sup>103</sup> ABRAMOVICH, V. & COURTIS, C., "Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo", *Jueces para la Democracia*, nº. 22, 1994, p. 56.

A nostro avviso, la definizione di reati contro i diritti dei lavoratori è imprecisa per quanto riguarda i beni tutelati. Infatti, la maggior parte dei beni giuridici tutelati riguarda i diritti dei lavoratori, ma alcuni, come il traffico illegale di manodopera, si riconducono alle condizioni minime di funzionamento dell'ordine sociale ed economico della produzione o, come ha indicato la dottrina scientifica, alla tutela del lavoro come attività produttiva<sup>104</sup>. Il lavoratore, introdotto nel mercato del lavoro come unità produttiva, ha bisogno del riconoscimento delle condizioni di funzionamento del mercato del lavoro e del rapporto di lavoro che sono state stabilite in precedenza dal diritto del lavoro.

La CE, nel suo art. 9.2 afferma che «spetta alle autorità pubbliche promuovere le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi in cui si integra siano reali ed efficaci; rimuovere gli ostacoli che ne impediscono o ne ostacolano la pienezza e facilitare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale». Questo mandato costituzionale deve qui essere inteso nel senso di preservare il corretto funzionamento dei rapporti di lavoro, assicurando le funzioni di controllo e di canalizzazione del conflitto che in essi si generano. Come hanno affermato alcuni autori<sup>105</sup>, questa considerazione di molti aspetti del rapporto di lavoro come garanzia istituzionale lo rende una funzione dello Stato, dove il Diritto del Lavoro è condizionato da politiche occupazionali che si positivizzano manifestando l'interesse pubblico dei diritti del lavoro. Pertanto, il diritto penale del lavoro deve essere inteso come “l'insieme delle norme penali (penali) create per garantire l'efficacia delle norme dichiarative e ordinarie destinate a tutelare i lavoratori”<sup>106</sup>. Il senso va oltre il concetto stretto di lavoro di protezione oggettiva del lavoratore, i precetti penale-lavorativi contengono inoltre la funzione di garanti dello Stato democratico nei confronti di

---

<sup>104</sup> DE RUGGIERO, G., *El concepto del trabajo y su génesis histórica*, La Pleyade, Buenos Aires, 1973, p. 7; BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 31.

<sup>105</sup> APARICIO TOVAR, J., *La seguridad social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989, p. 66. En este sentido, BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 31.

<sup>106</sup> ARROYO ZAPATERO, L. A., *Manual de Derecho penal del trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988, p. 10.

coloro che assumono e sono impiegati per un corretto funzionamento dei rapporti di lavoro e del proprio mercato del lavoro.

Occorre superare la concezione tradizionale delle discipline, rendendo necessaria l'introduzione nell'interpretazione delle norme penali delle caratteristiche e degli interessi propri del diritto del lavoro. Il diritto penale del lavoro deve apparire come garante di una soglia minima di legalità del diritto del lavoro, che garantisca la normalità del rapporto di lavoro tutelandone l'indennità, in considerazione di una serie di interessi generali che si sviluppano nella presente tesi di dottorato e in cui il lavoro e le sue relazioni devono essere intesi in un senso più ampio di quello offerto dal diritto del lavoro *stricto sensu*.

Per questo, delimitato il contenuto, osserviamo l'autonomia del diritto penale del lavoro, che sorge dopo il diritto del lavoro e, sebbene il diritto penale del lavoro sia riconosciuto dottrinale e legalmente, non è esente da discussioni. La rigidità che garantisce i diritti individuali dei lavoratori richiede di essere coordinata con una garanzia collettiva nell'ordinamento penale-lavorativo. Con la presente indagine si intende anche rispondere alla domanda se sia necessario tutelare i diritti del lavoro penalmente o se sia sufficiente l'ordinamento sanzionatorio del lavoro. A nostro avviso, possiamo anticipare la necessità di una tutela penale del lavoro, collegando le nuove realtà sociali ed economiche agli scopi di entrambi gli ordinamenti giuridici.

Come analizzeremo nel corso di questo studio, per sostenere la necessità di tutela penale di alcune norme del lavoro, “Nel Diritto del Lavoro, la realtà sociale svolge un ruolo di primo piano, di modo che una norma di lavoro che non sappia adeguarsi rapidamente ai cambiamenti sociali, culturali, economici del mondo del lavoro, della tecnica del mondo del lavoro, molto probabilmente sarà una norma inefficace. La situazione peggiore che può verificarsi su una norma è la mancanza di efficacia, perché diventa allora un *desideratium*. In qualcosa che era ed è nato per essere applicato e che tuttavia non è applicato”<sup>107</sup> a cui si deve aggiungere che, se tale norma non è protetta dal ramo dell'ordinamento

---

<sup>107</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “La nueva configuración laboral de la empresa”, en SAENZ DE MIERA, A. (coord.), *La universidad en la nueva economía. V Encuentro del Consejo de Universidades*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2002, p. 139.

incaricato di vigilare sui beni giuridici che meritano un rimprovero maggiore alla mera sanzione amministrativa, tale diritto è condannato alla scomparsa. E se non si punta a mantenere un vero e proprio diritto del lavoro e il suo conseguente diritto penale del lavoro, si ritornerà, come vedremo, agli stati iniziali del diritto del lavoro, La questione non è solo se sia necessario un diritto penale del lavoro, ma anche se sia necessario il diritto del lavoro. Il diritto del lavoro ha una ermeneutica diversa da tutti gli altri ordinamenti giuridici<sup>108</sup>. Essa richiede, per essere correttamente applicata in funzione delle sue finalità, di essere conosciuta per poter stabilire un collegamento efficace ed efficiente con gli altri rami dell'ordinamento giuridico.

Per questo motivo, per contestualizzare e fondare uno degli obiettivi della presente tesi di dottorato, che consiste nello studiare il reato di traffico illegale di manodopera e le infrazioni amministrativo-lavorative che, nella loro versione aggravata, integrano l'ipotesi di fatto di tipo penale (secondo la dottrina penale il bene tutelato è l'indennità del rapporto di lavoro, cioè il rapporto di lavoro esente o libero da danno)<sup>109</sup> è necessario giustificare la necessità di tutelare una serie di interessi astratti legati all'indennità di lavoro in considerazione del principio di offensiva penale.

È opportuno partire dall'affermazione del professor Knight, uno dei fondatori della Scuola di Economia di Chicago, per il quale una delle caratteristiche dell'epoca in cui viviamo è quella di pensare e ragionare in termini economici<sup>110</sup>; approccio non immune dal punto di vista giuridico<sup>111</sup>, e in particolare dal punto di vista giuridico-lavorativo, come dimostrano le motivazioni delle successive

---

<sup>108</sup> ROMAGNOLI, U., "Para una historia de la cultura jurídica", en BAYLOS GRAU, A., *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 33-34; GRANDI, M., "Dal contrato di lavoro ad una scienza del diritto del lavoro", *Giornale dir. Lav. E rel. Ind.*, 2001, p. 531.

<sup>109</sup> La sentenza della sezione penale del TS del 30 giugno 2000 [RJ 2000, 6081] ha stabilito che il bene giuridico protetto nel traffico illegale di manodopera è un "insieme di interessi concreti e generali che tutelano l'indennità dal proprio rapporto di lavoro"

<sup>110</sup> PAZ AREZ, C., "La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)", *Anales de Derecho Civil*, XXXIV, III, julio-septiembre, 81, p. 691.

<sup>111</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*. Discurso leído en la Solemne apertura del Curso Académico 1984-1985, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1984, p. 6.

riforme del lavoro attuate durante le varie crisi economiche, dagli anni '70 fino ai giorni nostri.

Nella sua opera “Critica al programma di Gotha”, Marx, uno dei “padri” del comunismo moderno, ha sollevato i seguenti interrogativi: “Le relazioni economiche sono regolate da concetti giuridici? Non sorgono invece i rapporti giuridici delle relazioni economiche?”<sup>112</sup>.

Ora, come ha affermato il professor Galiana Moreno a metà degli anni '80 del secolo scorso<sup>113</sup>, “Curiosamente, da circa vent'anni in America del Nord si sta muovendo, da coordinate non certo marxiste, ma inquadrata nel più puro liberalismo, una potente corrente dottrinale che postula una teoria del diritto adeguata al mercato, un'analisi economica del diritto che, in sintesi, sostiene che tutte le valutazioni giuridiche possono (e devono) essere ricostruite e interpretate in base alle categorie che ci vengono fornite dal pensiero economico”<sup>114</sup>. Occorre ricordare che già nel 1984 sono state adottate misure, come la legge 32/1984, che ha modificato lo statuto dei lavoratori del 1980, volte a rendere più flessibile il mercato del lavoro per rispondere alle sfide economiche e occupazionali che la Spagna doveva affrontare all'epoca. Tre decenni dopo, sembra che continuiamo ad affrontare le stesse sfide.

La presente inchiesta non è finalizzata ad analizzare la complessa relazione esistente tra diritto ed economia o, più specificamente, tra diritto del lavoro e “economia del lavoro”. Tuttavia, senza dilungarci troppo sul rapporto storico, dobbiamo evidenziare alcuni aspetti da considerare per mantenere un equilibrio tra interessi economici e interessi giuridico-lavorativi. È pertanto indispensabile analizzare i fatti che precedono il diritto per riformare quegli aspetti giuridici che non risolvono i problemi della “realtà attuale”. Tuttavia, come vedremo, l'attuale situazione nel 1984 continua purtroppo ad esserlo nel 2019.

---

<sup>112</sup> MARX, K., *Critica al Programa de Gotha, Obras Escogidas*, Tomo III. Preso, Moscú, 1974.

<sup>113</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 6.

<sup>114</sup> PAZ AREZ, C., “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)”, cit., p. 603.

Senza cadere in teorie o analisi riduzionistiche, occorre analizzare questi fatti per contestualizzare in quale misura l'economia ha influenzato il diritto del lavoro, provocando la fuga giuridica dello stesso, l'Aula ha adottato una risoluzione che chiede alla Commissione di presentare una relazione sull'attuazione della direttiva<sup>115</sup>. L'oggetto della presente indagine è incentrato sul traffico illegale di manodopera, con l'intento di fondare la necessità di tutela da parte della giurisdizione penale di talune norme di lavoro, come quelle che prevedono la gratuità dei servizi di intermediazione del lavoro (art. 5 del Regio Decreto 1796/2010, del 30 dicembre, che regola le agenzie di collocamento, in appresso RDAC; art. 7 del Regio Decreto Legislativo 3/2015, del 23 ottobre, che approva il testo rifuso della legge sull'occupazione, d'ora in poi, Lemp; e, art. 10 della legge 14/1994, del 1o giugno, che disciplina le imprese di lavoro temporaneo, d'ora in poi, LETT) per le persone lavoratrici e il divieto di cedere illegalmente manodopera (art. 43 ET).

Come analizzeremo più avanti, la riforma dell'occupazione del 1994 ha comportato un cambiamento significativo nel trasferimento di manodopera e nei sistemi di collocamento, intese come tali i processi o insiemi di attività nella fase precedente al contratto di lavoro<sup>116</sup>. Tale cambiamento è dovuto, tra l'altro, all'osservanza della convenzione n° 96 dell'OIL del 1949 e, all'epoca, all'art. 16.2 ET, attualmente abrogato, che, a fronte della gratuità della mediazione del servizio pubblico di occupazione, gli agenti privati potevano percepire una remunerazione da parte dell'imprenditore o da parte dell'impiegato, limitandosi unicamente a questo; "alle spese relative ai servizi prestati" (art. 16.2 ET e RD 735/1995 del 5 maggio 1995, che disciplina le agenzie di collocamento senza fini di lucro e i servizi integrati per l'occupazione, entrambi attualmente abrogati).

---

<sup>115</sup> In questo senso, LUJÁN ALCARAZ, J., ritiene che "oltre alle attuali e molto numerose manifestazioni della tradizionale fuga dal diritto del lavoro proprio dell'economia sommersa e del lavoro clandestino, particolarmente intensa negli ultimi anni a causa dell'immigrazione illegale, la principale via di fuga dalla legislazione del lavoro continua ad essere quella che si verifica nelle zone grigie del contratto di lavoro", in LUJÁN ALCARAZ, J. "El ámbito subjetivo del Estatuto de los trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n°. 58, 2005, p. 58.

<sup>116</sup> BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2ª Edición revisada, Trotta, Madrid, 1997, p. 84, es una acepción comúnmente empleada en la doctrina iuslaboralista. Cf. MARTIN VALVERDE, A., "La supresión del monopolio público de la colocación", en AEDTSS (ed.), *Reforma de la legislación laboral*, Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García, Madrid, 1995, p. 60.



La Scuola economica di Chicago ha costruito la base teorica del cosiddetto “Stato minimo”, uno Stato non interventista basato sulla vecchia idea di *laissez faire*. Come vedremo, quest’idea si è insinuata negli ultimi tempi nella nostra società e nel nostro ordinamento giuridico, in cui si è passati dal protezionismo del mercato del lavoro alla liberalizzazione dell’intermediazione del lavoro, nonché all’adozione di misure volte a promuovere il decentramento produttivo.

Come ha osservato il professor Galiana Moreno, con una chiara radice nella dottrina utilitarista coniata da Bentham, il principio fondamentale che regna, sia nell’ordine economico che giuridico, è quello di massimizzare la ricchezza riducendo i costi e il suo modello decisionale è quello fornito dal sistema di mercato<sup>117</sup>. Per questo si vuole evitare l’interventismo statale, la mano invisibile di cui parlava Adam Smith, che interferisce negativamente, secondo la sua prospettiva, nelle relazioni economiche. Ma dobbiamo chiederci se lo Stato debba assolutamente abbandonare un rapporto così fondamentale per lo sviluppo di una società in tutti i suoi ambiti, come il rapporto di lavoro. O se, al contrario, lo Stato ha un interesse superiore su di essa, determinante che, in taluni casi in cui il bene giuridico protetto è gravemente danneggiato, nella fattispecie l’indennità del rapporto di lavoro, sia prevista una sanzione penale.

Anche la dottrina scientifica rifletteva allora sulle riforme del lavoro: “Sulla base di un dato fornito dall’evidenza, l’intima interconnessione tra le norme che regolano l’attività economica e quelle che disciplinano la prestazione di lavoro subordinato intende fare alcune brevi considerazioni; a seguito delle ultime riforme dello statuto dei lavoratori, su una delle esigenze più visibili che l’ordine economico in crisi pone oggi all’ordinamento del lavoro, la cosiddetta flessibilità del mercato del lavoro. Cerco solo di mettere in evidenza qualcosa che potrebbe anche mettere in evidenza: che, se tale esigenza fosse estrema, se si

---

<sup>117</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 7. È fondamentale sottolineare le parole della professoressa López Anierte: “entreremmo in pieno nella cosiddetta “versione patologica” del decentramento produttivo, volta alla riduzione dei costi aziendali mediante l’intervento di un terzo sul posto del vero datore di lavoro, al fine di eludere l’applicazione al lavoratore delle norme che gli sono più favorevoli”, in LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia, 2003. Questo è l’elemento centrale della presente inchiesta. L’emergere di soggetti che evitano a tutti i costi la regolamentazione del lavoro, giungendo, a volte, come vedremo, a costituire modelli di business dai quali si ottengono grandi profitti.

soccombette in qualche modo alla nuova tentazione neoliberale che ci perseguita, il diritto del lavoro sarebbe pericolosamente avulso da quello che è il suo obiettivo fondamentale, e come tale irrinunciabile, di riunire, in instabile ma necessario equilibrio, la pace e la giustizia sociale”<sup>118</sup>.

Nel corso di questo lavoro si cercherà di verificare, sulla base dei dati di cui disponiamo più di trent'anni dopo, se tali previsioni sono state realizzate. Il diritto, e in particolare il diritto del lavoro, non può soccombere ai canti di sirena che proiettano certe teorie economiche neoliberali, che vengono applicate ai rapporti giuridico-II Consiglio europeo di Dublino ha adottato una risoluzione che invita la Commissione e gli Stati membri a presentare una proposta di direttiva sul l'orario di lavoro, al fine di evitare l'applicazione del l'ordinamento del lavoro, la continua fuga dal diritto del lavoro, con il conseguente svuotamento del contenuto di talune disposizioni penali.

Il professor Galiana Moreno ha definito il diritto del lavoro come “l’ordinamento regolamentare dei rapporti tra i titolari di due fattori produttivi, capitale e lavoro, per la realizzazione del processo di produzione di beni e servizi che si svolge nelle società industriali”; pertanto, ha continuato, “i rapporti che essa ordina rispondono nella loro essenza giuridica alla necessità socialmente sentita di progettare canali atti a canalizzare questo scambio di fattori che è alla base di tale processo di produzione; che è essenzialmente un processo economico”<sup>119</sup>. Pertanto, coloro che studiano il diritto del lavoro non possono ignorare l'elevato contenuto economico delle relazioni sociali, che costituiscono l'essenza della nostra disciplina<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 8. Il Professor MONEREO PEREZ ha dichiarato che “il capitalismo contemporaneo manifesta una profonda dimensione costituente, in cui il successo o il fallimento dell’impresa è determinato dalla capacità delle imprese di essere competitive in un contesto economico altamente dinamico”, MONEREO PÉREZ, J. L. *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, espec. El capítulo 5. IV, “La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y “nuevas” formas de soberanía”, *El Viejo Topo*, Barcelona, 2013, pp. 388-470.

<sup>119</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 8.

<sup>120</sup> Un settore della dottrina ha affermato che: “spetta a Marx, come sappiamo, scoprire che il capitale non è altro che lavoro condensato”, in DE RUGGIERO, G., *El concepto del trabajo y su génesis histórica*, cit., p. 83.

Tuttavia, essendo consapevoli di questa realtà, non si devono accettare ragionamenti fallaci. Certo, si deve considerare come idea di partenza che il lavoro non può sottrarsi al suo carattere di merce, in quanto bene oggetto di mercato<sup>121</sup>. Ma ammettere questo assioma non deve impedire di respingere certe misure che attaccano l'essenza stessa del diritto del lavoro attraverso l'inversione di diritti e che, de facto, eliminano o attenuano le differenze matrice tra rami giuridici. Tra i beni giuridici da tutelare, c'è sicuramente il rapporto che si instaura tra chi lavora e chi lavora, affinché i soggetti che possono agire, in un modo o nell'altro su questo rapporto, non ottengano profitti a spese del lavoratore. Lo Stato, in generale, è intervenuto per limitare l'autonomia della volontà imprenditoriale e raggiungere un equilibrio tra i suoi interessi e quelli dei lavoratori, rendendo possibile un negoziato più equilibrato. L'intervento dello Stato ha permesso di incanalare il conflitto che metteva in pericolo l'ordine sociale stabilito controllando al tempo stesso il boom del movimento operaio, evidenziando così la duplice funzione del diritto del lavoro: L'Unione europea è un'istituzione democratica e pacifica<sup>122</sup>. Pertanto, nelle prime norme sul lavoro si

---

<sup>121</sup> Il lavoro, come bene che è il risultato dell'attività umana, separato dalla persona stessa. Si tratta di una delle differenze fondamentali tra il traffico illegale di manodopera e altri illeciti penalmente connessi, come la tratta di esseri umani a fini di sfruttamento del lavoro. In questo senso, alcuni autori ritengono che il lavoro "come significato diverso da quello tecnico, ha senso solo in un certo complesso concettuale economico, dove le tecniche sono confrontate per un risultato finale più virtuoso, più adeguato o ancora, gradualmente, di un altro risultato che soddisfi più interamente la necessità, cioè che la completi attraverso quelle fughe che chiamiamo desideri (in contrapposizione alle necessità)", PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, cit., p. 24.

<sup>122</sup> I professori García Perrote e Tudela Cambronero lo hanno definito il carattere "ambiguo, ambivalente e contraddittorio" del diritto del lavoro, in GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G., "El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica", *Revista de Trabajo*, n.º. 92, 1988, p. 17 y ss. Per quanto riguarda il ruolo di leva del diritto penale, il ramo di quest'ultimo incaricato di preservare la dogmatica del lavoro, i suoi principi e i suoi valori, in modo stabile, dovrebbe essere il diritto penale del lavoro. In questo senso, PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, cit., p. 155-164, considera la re-legittimazione dell'intervento penale assumendo le disparità sociali, posizione che condividiamo. Contro, GARGARELLA, R., "El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n.º. 15, n.º 25, 2011, pp. 37-54, y BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis de Estado-Nación*, Comares, Granada, 2007, i quali ritengono che l'intervento del diritto penale sia condizionato dalle disparità sociali e quindi delegittimano il loro intervento.

sottolinea l'importanza delle forze sociali ed economiche nello sviluppo del diritto del lavoro<sup>123</sup>.

Se "partiamo da una concezione del diritto come via d'integrazione dei conflitti, non c'è dubbio che il diritto del lavoro è radicato nel conflitto per antonomasia, il cosiddetto conflitto sociale"<sup>124</sup>. Proteggere l'indennità dal rapporto di lavoro è fondamentale per mantenere la pace e la giustizia sociale. Questi concetti, tuttavia, dipendono, "dalle ideologie e dai sistemi di valori probatori"<sup>125</sup>, che in un dato momento prevalgono in una società, poiché orientano le azioni da realizzare nei diversi settori, nonché la risoluzione dei conflitti insorti. In tal modo, il diritto del lavoro avanza o retrocede in funzione della forza che esercitano o del potere che hanno in un dato momento gli attori sociali ed economici.

Il diritto del lavoro deve proteggere i suoi beni giuridici più preziosi attraverso il principio di ultima o estrema ratio, osservando i principi di offensiva e lesività che conferiscono importanza alla protezione penale. Si tratta di una questione che affronteremo alla fine dell'indagine, e ci chiediamo, come abbiamo detto, se esiste un vero diritto penale del lavoro. Tuttavia, occorre anticipare che la violazione di talune disposizioni dell'ordinamento del lavoro, in particolare la violazione dell'indennità di rapporto di lavoro, deve essere sanzionata mediante procedimenti penali.

Le teorie economiche neoliberali non possono essere utilizzate per snaturare gli obiettivi del diritto del lavoro. Non si può confondere la libertà privata, nel nostro caso "libertà d'impresa", con la "libertà d'impresa". Il diritto del lavoro, come ha indicato la dottrina iuslaboralista, svolge due funzioni: da un lato, correggere la disuguaglianza che regna nel rapporto tra datori di lavoro e

---

<sup>123</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1975, p. 41 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la crisis de 1917-1923*, Escuela Social, Murcia, 1977, p.15.

<sup>124</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 10.

<sup>125</sup> DUVERGER, M., *Introducción a la Política*, 4ª ed., 1976, p. 212.

lavoratori e, dal l'altro, dall'altro, essere uno strumento di pacificazione e di controllo sociale<sup>126</sup>, per ciò che è necessario della protezione penale<sup>127</sup>.

Non si può perdere l'essenza di quello che è stato chiamato il diritto del lavoro classico<sup>128</sup>, che da più di tre decenni subisce continue spinte riformiste. Queste riforme, a nostro avviso, provocano in realtà la loro debolezza rispetto ad altre branche dell'ordinamento giuridico. Principi fondamentali che sembravano affermati, come l'indennità dal rapporto di lavoro, non possono essere indifesi da formule che proclamano i benefici della flessibilizzazione, senza analizzare le conseguenze di un allentamento incontrollato, L'Unione europea non può avere sui principi fondamentali del diritto del lavoro e sulla vita dei lavoratori, non garantendo loro la sicurezza sul posto di lavoro. Formule che assicurano di contribuire ad aumentare i profitti aziendali senza pregiudicare i diritti dei lavoratori, ma che, come vedremo, non raggiungono il loro obiettivo di miglioramento. In tempi di crisi economica, tali miglioramenti tendono a gravare sui diritti dei lavoratori, al fine di ridurre i costi di produzione delle imprese, con conseguente aumento degli investimenti di capitale da parte dei datori di lavoro. Interesse legittimo che deve essere bilanciato con l'interesse della sicurezza nell'occupazione dei lavoratori e, in tal modo, garantire la giustizia sociale e mantenere la pace sociale.

Nel 1984 la dottrina scientifica più autorevole ha affermato che “da un punto di vista tecnico si argomenta che oggi non siamo di fronte a una classica crisi di domanda, ma a quella che gli esperti di economia chiamano una crisi di offerta, indicando con ciò che il suo carattere differenziatore risiede nell’aumento del costo dei fattori produttivi, che distrugge la competitività delle imprese e porta inesorabilmente al crollo dell’occupazione”<sup>129</sup>. Di solito, quindi, si è ricorso alla

---

<sup>126</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 11.

<sup>127</sup> I precedenti del diritto penale del lavoro in Spagna erano trattati in ambito disciplinare-amministrativo. In questo modo si è riusciti ad ottenere una maggiore flessibilità nel l'applicazione, si veda: BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del trabajo*, 2ª Edición revisada, Trotta, Madrid, 1997, p. 20.

<sup>128</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M., “Derecho del Trabajo y concertación social como instrumentos de la política de empleo”, *Jornadas técnicas sobre Concertación social y Empleo*, Instituto de Estudios laborales y de la Seguridad Social de España, Madrid, 1981, p. 118.

<sup>129</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 12. También, SANCHEZ AYUSO, M., y ANTUÑANO MARURI, I., *Crisis económica: hechos, políticas e ideas*,

flessibilità del mercato del lavoro, ai canali di intermediazione del lavoro e all'esternalizzazione produttiva. E tutto questo senza contemplare, troppo spesso, la sua controparte, la sicurezza dei lavoratori. Per questo motivo, la dottrina ha cominciato a discutere della 'flessicurezza'<sup>130</sup> nel Diritto del Lavoro.

Si noti che le crisi colpiscono sia il settore privato che il pubblico<sup>131</sup>. Lo Stato, che non è estraneo a queste situazioni, cerca legittimamente di beneficiare di queste figure giuridiche, come l'esternalizzazione e l'intermediazione del lavoro, per far fronte al deficit di bilancio dell'amministrazione. Ovviamente, deve incoraggiare questo tipo di misure per ridurre il deficit pubblico, ma senza danneggiare, invertendo i diritti dei lavoratori, che devono essere tutelati, i lavoratori, la loro cittadinanza. In altre occasioni, l'amministrazione ha dovuto

---

pirámide, Madrid, 1981, p. 39. Questi autori, tuttavia, si mettono in guardia contro le versioni semplicistiche circa la caratterizzazione della crisi degli anni 80 come una crisi di offerta.

<sup>130</sup> La dottrina scientifica più autorevole considera il termine flessicurezza un neologismo che "indica un modello di articolazione e di organizzazione dei rapporti di lavoro che mira a coniugare un elevato grado di flessibilità nel mercato del lavoro (assunzioni e licenziamenti più facili, rapidi e poco onerosi, mobilità del personale, retribuzioni variabili che consentano di adeguare le condizioni di lavoro e il fabbisogno di manodopera alle diverse congiunture) con una protezione adeguata e permanente del lavoratore disoccupato (indennità, indennità) e una politica occupazionale efficace (riducendo i periodi di inattività, favorendo la formazione professionale continua)" in CAVAS MARTÍNEZ, F., "El Derecho Social ante la crisis", *Aranzadi social*, 2008, n° 19., p. 2.

<sup>131</sup> La crisi economica ha colpito anche l'amministrazione, per esempio, la temporalità che, come ha dimostrato un settore della dottrina accademica "La Spagna non ha fatto eccezione al fenomeno diffuso nei paesi limitrofi, consistente nell'estensione progressiva di un ricorso agli appalti temporanei in materia di frode di legge da parte delle amministrazioni pubbliche (di seguito AAPP)". SANCHEZ GARCÍA, A., "Las medidas correctoras del abuso de la temporalidad de los empleados públicos en España", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 23, 2019, 161-206, p. 162., facendo sì che questa realtà si manifesti nelle sentenze dei tribunali e dei tribunali incaricati del controllo dell'AAPP, che hanno qualificato il fenomeno come una "pratica abituale" (Sentenza 161/2017, 29 settembre, Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 1, Orense, Procedura 94/2017.) che, "da tempo" (Voto particolare della sentenza della Corte suprema (Contenzioso-amministrativo) 207/2019, 13 marzo, Racc. 3970/2016), ha dato luogo a "gravi abusi" (Íbid.), nonché a un processo di "denaturazione" (Ordinanza dell'8 giugno 2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 14 di Madrid, PA 125/2017) ricorso a questo tipo di assunzione per posti permanenti e stabili, consistente nel ricorso sistematico a questo tipo di assunzione per la copertura di posti di carattere permanente e stabile. Apprezzamento diffuso anche tra la dottrina, come si può vedere in MARTÍNEZ MARÍN, A., *Estudio sistemático del derecho administrativo*, Thompson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 434-435; BOLTAINA I BOSCH, X., "Empleo precario y conflictos jurídicos en las administraciones públicas locales y autonómicas", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, vol. 52/53, 2005, p. 185; MAESO SECO, L. F., "Clases de empleados públicos", en SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.), *Régimen jurídico de la función pública*, Lex Nova, Valladolid 2013, p. 166, dove si possono evidenziare i termini "interinale fittizio" e "funzionario precario"; y JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público", en DEL REY GUANTER, S., (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley – Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pp. 54-55.

liberalizzare i servizi pubblici, rompendo il monopolio di Stato a favore della liberalizzazione dei settori dell'economia e del lavoro.

La flessibilità del mercato del lavoro è uno dei legami tra intermediazione del lavoro e esternalizzazione produttiva. In una situazione economica critica, si riconosce tacitamente che il rischio assunto dal datore di lavoro è superiore al normale, quindi non investirà il suo capitale laddove esiste un rigido sistema giuridico che non si adatta facilmente ai continui cambiamenti dei mercati. Si tende quindi ad adeguare la normativa che disciplina il mercato del lavoro alle regole del mercato puramente economico, o deve essere il contrario?

Certamente, come si riteneva negli anni 80, "l'obiettivo di ottenere una "condivisione del lavoro disponibile", nonché quello di "omologare la situazione spagnola con le altre economie occidentali"<sup>132</sup> è quella che giustifica misure di stimolo alla flessibilità e, di conseguenza, alla liberalizzazione del mercato del lavoro. Tuttavia, quando nella motivazione della legge si parla di "flessibilità dei rapporti di lavoro", di "flessibilità dell'occupazione" o di "flessibilità del personale" "Alla base di tutto ciò vi è la libertà assoluta nel mercato del lavoro, il neoliberismo economico nel Diritto del Lavoro.

Lo Stato, nella sua posizione di garante dei diritti, come attualmente, deve avere un servizio nazionale per l'occupazione che disponga di servizi pubblici per l'impiego. Tali servizi pubblici per l'impiego, per svolgere le loro funzioni, richiedono agenti che consentano di collegare in modo efficiente e agile i posti vacanti, agenti che possono essere pubblici o privati. In ogni caso, entrambi devono perseguire lo stesso fine e seguire le stesse regole di comportamento, quelle previste dal vigente ordinamento giuridico, lavorativo e penale-lavorativo.

Senza dubbio, questi attori devono essere soggetti, in modo efficace ed efficiente, al controllo delle amministrazioni. Determinare se gli agenti privati di intermediazione del lavoro o di messa a disposizione di manodopera completano o sostituiscono gli agenti pubblici non è oggetto della presente tesi di dottorato. Tuttavia, vigilare a che la loro azione non perturbi il mercato del lavoro, e definire

---

<sup>132</sup> La virgolettatura fa parte del preambolo della legge 32/1984, del 2 agosto, recante modifica di taluni art. t. della legge 8/1980, del 10 marzo, dello Statuto dei Lavoratori.

quali violazioni normative effettuate da tali operatori privati debbano essere sanzionate attraverso la via amministrativa del lavoro e quali attraverso la via penale, sì. A priori, si può affermare che questi operatori privati sono necessari per ridurre la disoccupazione e attivare l'economia, è pertanto essenziale tutelare i rapporti di lavoro nei confronti di soggetti che perturbano tali rapporti agendo al di fuori della normativa vigente.

Inoltre, nell'ambito della tutela che richiede l'indennità del rapporto di lavoro, si deve prestare particolare attenzione al trasferimento illegale di manodopera, da cui deriva, a nostro avviso, uno dei casi tipici del reato di traffico illegale di manodopera, di cui all'art. 312.1 CP. Questo tipo di reato comprende sia la cessione illegale di manodopera che l'intermediazione di lavoro fraudolenta. Entrambi questi fenomeni sono attività illecite che perpetuano il puro rapporto di lavoro tra i datori di lavoro e i lavoratori subordinati, per cui devono essere sanzionati a livello amministrativo e, in determinati casi, penale.

Un settore della dottrina ritiene che il diritto vacilli quando è costretto a “entrare in accordi con la necessità”<sup>133</sup>. Tuttavia, non può esitare ad ammettere che gli ingiusti più gravi contro l'ordinamento sociale devono essere perseguiti penalmente<sup>134</sup>. Il diritto penale è il ramo del l'ordinamento giuridico incaricato di tutelare i casi che, per la loro particolare importanza, richiedono un rimprovero più grande della mera sanzione amministrativa.

Appare evidente che la “necessità e flessibilità si identificano nel momento attuale”<sup>135</sup>. La flessibilizzazione viene utilizzata come soluzione per attivare l'economia. Tuttavia, anche se è il prezzo da pagare per attivare il mercato del lavoro e ridurre la disoccupazione, si deve vegliare a mantenere la pace e la giustizia sociale, il fine ultimo del diritto del lavoro. Con questa ricerca cerchiamo di fare luce sulla materia, analizzando alcuni mezzi utilizzati per raggiungere questo onorevole obiettivo.

---

<sup>133</sup> CARBONNIER, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, traducción y prologo de DIEZ PICAZO, L., Tecnos, Madrid, 1974, p. 146.

<sup>134</sup> Questo senso: IHERING, R.V., *La lucha por el Derecho*, Comares, Granada, 2008.

<sup>135</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 17.



Dobbiamo far presente, a sostegno della nostra tesi, uno studio della scienza politica, secondo il quale esiste una strategia, che è utilizzata sia da regimi politici democratici che da quelli autoritari, che consiste in “dissimulare i fini e le ragioni reali dell’azione politica dopo pseudo-fini e pseudo-motivi che sono più popolari e che quindi godono di un maggiore sostegno da parte dell’opinione pubblica”<sup>136</sup>. Vi sono molti motivi per ritenere che la suddetta strategia si estenda all’ordinamento giuridico del lavoro. Nell’ambito della presente indagine, inoltre, valuteremo se alcune riforme del lavoro, che hanno interessato il nostro oggetto di studio, in realtà hanno invertito o addirittura eliminato diritti che possono portare all’art. 312.1 CP sia privo di contenuto materiale o, cosa più sorprendente, la sua mancata applicazione per ignoranza dei requisiti e degli elementi del tipo. A tal fine, cercheremo di rispondere alla domanda su che cosa sia realmente il traffico illegale di manodopera; una volta trovata una risposta a tale domanda, si chiederà se si debba perseguire penalmente il traffico illegale di manodopera. Si deve sempre tener presente che, come è ovvio, è indispensabile affrontare il reato di traffico illegale di manodopera, partendo da una visione giuridico-lavorativa.

Certo, il diritto del lavoro “non è un ordinamento progressista, composto da diritti irreversibili”<sup>137</sup>. Tuttavia, deve esserci una “garanzia legislativa”. Tale garanzia deve applicarsi al traffico illegale, o proibito, di manodopera, essendo tale garanzia necessaria per impedire e sanzionare comportamenti fraudolenti che ledono gravemente i diritti dei lavoratori.

Non bisogna dimenticare che “L’ordinamento giuridico non è soltanto un servitore dell’economia, che deve inginocchiarsi di fronte a tutte le sue esigenze, ma, insieme ad un fine che non può essere occultato, che è quello di rendere possibile la sopravvivenza dell’ordine economico e sociale stabilito, ha anche la

---

<sup>136</sup> DUVERGER, M., *Introducción a la Política*, cit., p. 184.

<sup>137</sup> In questo senso, LYON-CAEN, G., “La crise du Droit du travail”, AA.VV., *In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, 1980, pag. 263. Anche DE LA VILLA, I.E., “Occupazione e crisi economica”, in *Giornate sull’occupazione nella crisi economica*, Ministero del Lavoro e della Sicurezza Sociale, 1982, pag. 22, ha affermato che “è difficile difendere politicamente o giuridicamente la tesi dell’assoluta irreversibilità dei diritti del lavoro incorporati nell’ordinamento positivo, ma un diritto del lavoro che costituisse un insieme di norme totalmente reversibili perderebbe la fiducia, o meglio, il rispetto, dei lavoratori, e darebbe il via all’iniziazione delle conquiste non pacifiche, riproducendo, in definitiva, il processo storico di tutti conosciuti”.

missione ineludibile di garantire almeno certe dosi di questo concetto, tutto quanto ambiguo e impreciso si voglia, chiamato giustizia sociale<sup>138</sup>. Certamente, per il raggiungimento della giustizia sociale, è indispensabile che il diritto, attraverso gli ordinamenti del lavoro e penale, delimiti e punisca adeguatamente il traffico illegale di manodopera, materia che costituisce l'oggetto di ricerca della presente tesi di dottorato.

---

<sup>138</sup> GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, cit., p. 21.

## **OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

Con este trabajo pretendemos determinar qué es el tráfico ilegal de mano de obra para disponer de unas pautas que permitan, a los operadores jurídicos, conocerlo, perseguirlo y sancionarlo adecuadamente. Consecuentemente, tiene como finalidad establecer las infracciones administrativo laborales que integra el delito de tráfico ilegal de mano de obra para que se persiga y sancione adecuadamente. Por ello, nos planteamos los siguientes objetivos:

1. Objetivo uno: Determinar qué es el tráfico ilegal de mano de obra.
2. Objetivo dos: Delimitar conceptualmente el delito de tráfico ilegal de mano de obra y las infracciones administrativo-laborales que integra.
3. Objetivo tres: Analizar las vías legales e ilegales de intermediación laboral y cesión de personas trabajadoras.
4. Objetivo cuatro: Establecer criterios que permitan aplicar el tipo penal de tráfico ilegal de mano de obra respecto a las infracciones administrativo-laborales que integra.



## **CAPÍTULO I: CUESTIONES METODOLÓGICAS**

Tomamos como punto de partida el art. 312.1 del CP para conocer qué es exactamente el tráfico ilegal de mano de obra, por lo que buscamos la doctrina sobre tráfico ilegal de mano de obra y analizamos las sentencias al respecto. Estas interpretan que tráfico ilegal de mano de obra es, en definitiva, la explotación de la persona trabajadora, pero estudiamos la doctrina laboral y penal, así como los fundamentos jurídicos del precepto penal y observamos que no coincide con lo que se determina en las sentencias, ni con su propia fundamentación. No hay congruencia entre la fundamentación de las sentencias con la interpretación doctrinal, pues enuncian que es un delito de peligro abstracto, pero se condena por explotación de la persona trabajadora, lo que requiere un resultado, explotar.

Por otra parte, analizamos la doctrina laboral y penal-laboral para determinar qué es el tráfico ilegal de mano de obra. A continuación, buscamos y analizamos las sentencias penales, disponibles en las bases de datos oficiales, para conocer cómo se aplicaba dicho precepto legal, así como el número de sentencias dictadas en este sentido. Tras dicho análisis de sentencias penales comprobamos que lo que los jueces y tribunales del orden penal consideran que es el tráfico ilegal de mano de obra, no coincide con la interpretación jurisprudencial inicial ni con la interpretación doctrinal, laboral y penal, del precepto, como veremos en la presente investigación. Además, con objeto de poder obtener información, que consideramos relevante, efectuamos las entrevistas a profesionales, para conocer porqué actualmente no se persigue ni se condena por dicho delito. En definitiva, pretendemos tener evidencias sobre la concepción de tráfico ilegal de mano de obra por parte de operadores jurídicos. Por último, tratamos de establecer criterios claros que ayuden a perseguir adecuadamente el tipo penal de tráfico ilegal de mano de obra en atención a la doctrina laboral y penal-laboral.

## 1. ENFOQUE Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Como afirma Anguera<sup>139</sup>, “el diseño de un estudio es una estrategia que nos aporta la forma de desarrollarlo empíricamente, estructurando los datos de acuerdo con los objetivos que se deben cumplir, y conduciéndonos hasta el desarrollo analítico adecuado”.

La presente investigación la hemos llevado a cabo con un enfoque mixto<sup>140</sup> (cuantitativo no experimental y cualitativo), de dos diseños, observacional y fenomenológico. En consecuencia, se enmarca, por una parte, en la perspectiva empírico-analítica, de base positivista racionalista (paradigma positivista) que comprende preferentemente una metodología cuantitativa, en nuestro caso, no experimental, para el trabajo con las Sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra, para lo que se utiliza un diseño analítico, mediante el estudio documental y el análisis documental de las sentencias sobre el tráfico ilegal de mano de obra. Como instrumentos empleados se ha elaborado, por una parte, un protocolo de observación sistemática (paradigma positivista) para extraer la información de las sentencias, que incluye “riesgo abstracto, condiciones abusivas, explotación, comerciar/negociar, intermediación, cesión ilegal, habitualidad, bien jurídico, lucro, nacionales/extranjeros, dolo. Los datos obtenidos se han analizado mediante el paquete estadístico SPSS V.19, lo que hace posible ver la matriz de correlaciones. Y, por otra parte, la perspectiva humanístico-interpretativa, de base naturalista-fenomenológica (paradigma interpretativo)<sup>141</sup> que utiliza una metodología preferentemente cualitativa, porque se observan situaciones ya existentes tal como se dan en su contexto natural (las entrevistas) para posteriormente analizarlas<sup>142</sup>. Hemos efectuado el análisis

---

<sup>139</sup> ANGUERA, M<sup>a</sup>. T., “La observación”, MORENO ROSSET, C. (Ed.), *Evaluación psicológica. Concepto, proceso y aplicación en las áreas del desarrollo y de la inteligencia*, Sanz y Torres, Madrid, 2005, pp., 255-292.

<sup>140</sup> Véase CRESWELL, J. W., *Research Design. Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*, LA: Sage Publications, USA, 2014.

<sup>141</sup> Para más información, véase SABARIEGO PUIG, M., “La investigación educativa: génesis, evolución y características”, BISQUERRA ALZINA, R., *Metodología de la investigación educativa*, La Muralla, Madrid, 2004 pp. 52-87.

<sup>142</sup> Véase HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. y BAPTISTA, P., *Metodología de la investigación*, McGraw Hill, Ciudad de México, 2010.

de contenidos de las entrevistas a profesionales relacionados, de diferente forma, sobre tráfico ilegal de mano de obra, sus diferencias con otros conceptos (tráfico de personas con fines de explotación laboral, intermediación laboral irregular...), el tipo penal que castigue la intermediación laboral, el concepto de seguridad laboral, de estabilidad social, y la relación entre ambos.

Elaboramos un guion para las entrevistas relacionado con los objetivos, porque como sostienen Kvale y Brinkmann<sup>143</sup>, la entrevista en investigación es un recurso que bien realizada puede convertirse en un arte para obtener la información precisa para dar respuesta a los objetivos previstos. Para el análisis de las mismas, se ha utilizado el programa informático Atlas.ti 6.2.15, que ha permitido la selección de las unidades de análisis para la reducción de la información, la posterior categorización y la disposición de los datos. Las investigaciones cualitativas intentan comprender la realidad, desde una perspectiva integral, para poder transformarla en contextos concretos. Entre sus técnicas de recogida de datos están la observación, la entrevista o el análisis documental, que aportan información de manera verbal y registrada como texto, cuyo análisis consiste en reducirla y organizarla en unidades conceptuales básicas (las conocidas categorías), mediante un proceso constante entre observación y análisis, llamado análisis cualitativo de la información<sup>144</sup>.

La importancia de la complementariedad metodológica es reconocida por Rodríguez de la Borbolla Camoyá<sup>145</sup>, pues defiende “el pluralismo metodológico a la hora de acercarme al conocimiento de la disciplina”. El pluralismo metodológico necesario para la investigación jurídica no emana sólo de una postura que intente convenir las doctrinas mejor instaladas, aunque deriven de

---

<sup>143</sup> Para más información se puede consultar KVALE, S. y BRINKMANN, S., *Interviews: Learning the craft of qualitative research interviewing*, US: Sage Publications, Thousand Oaks, CA, 2009.

<sup>144</sup> Para más información, véase SABARIEGO PUIG, M., “La investigación educativa: génesis, evolución y características”, cit., pp. 52-87.

<sup>145</sup> Se puede consultar el trabajo de RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, J., “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 1994, nº. 31, pp. 21 y 22.

diferentes sistemas, sino que, como afirma D'Antona<sup>146</sup>, se debe, sobre todo, a los siguientes hechos: a) la complejidad del Derecho y la conciencia de la crisis del mismo; b) la diversidad de las tareas del jurista; c) la interrelación de las ciencias del Derecho con otras ramas científicas, la cual es, a su vez, consecuencia y causa de la interrelación del Derecho con otras áreas de la vida social<sup>147</sup>; y d) la complejidad del objeto de la propia ciencia jurídica. Después de más de 20 años, y en esta misma línea, Cruz Villalón<sup>148</sup> afirma que, “con el paso del tiempo predominan las posiciones eclécticas o mejor dicho de pluralismo metodológico, donde domina la integración de los diferentes métodos y de las funciones de la investigación y de los métodos al efecto, a la vista de la complejidad que hoy en día adquiere la Ciencia jurídica. La orientación contemporánea requiere de un enfoque, a nuestro juicio, de orden más práctico, de abordaje de las diversas técnicas de investigación en lo concreto y de la experiencia acumulada en el desarrollo en el ámbito de lo laboral de los métodos de investigación”.

En los diseños de nuestra investigación seguimos las cuatro grandes etapas del método científico: delimitación del problema, recogida de datos, análisis de datos e interpretación de resultados<sup>149</sup>, vinculados con el tráfico ilegal de mano de obra a través de las sentencias y de las entrevistas, teniendo presente la doctrina científica como fundamento.

---

<sup>146</sup> D'ANTONA, M., L'anomalia postpositivista del diritto del lavoro e la questione del metodo in Il metodo nella ricerca civilistica, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, nº. 1-2, 1990, pp. 207-228, en concreto, p. 224: “l'adeguamento della metodologia alla complessità del diritto è una condizione, per così dire “etica”, perché sia effettivamente possibile, al interno della comunità scientifica, il controllo in forma dialogica de una determinata soluzione”.

<sup>147</sup> En este sentido, en 1939, CARNELUTTI, F., *Metodologia del diritto*, CEDAM, Padova, 1990 (reedición de la edición de 1939), p. 28, afirmaba que “del diritto non si può fare né dalla parte di chi tocca comandare né dalla parte di chi tocca obbedire senza fare dei conti, cioè senza tener conto di altre regole, che sono le regole dell'economia, la quale sta a cavaliere, probabilmente, tra la sociologia e la psicologia. È dubbio che il diritto arrivi a dominare l'economia: ma è certo, invece, che l'economia regola il diritto: e non è rar il caso, purtroppo, che il diritto non operi perchè, da una parte o dall'altra, i conti sono stati sbagliati”.

<sup>148</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, 2016, nº. 132, p. 75.

<sup>149</sup> ANGUERA, M<sup>a</sup>. T., “Posibilidades y relevancia de la observación sistemática por el profesional de la Psicología”, *Papeles del psicólogo*, vol. 31, nº. 1, 2010, pp. 122-130.



Como indicábamos, se ha realizado un diseño mixto, tal y como se refleja en la *Figura 1*.



*Figura 1.* Diseño Mixto cuantitativo/cualitativo

Se trata de un enfoque mixto, en un contexto metodológico no experimental, de carácter descriptivo, que trata de recoger información sobre el tema objeto de estudio, mediante la observación como método de investigación; en particular, un diseño observacional que atiende a la esencia de la presente investigación. Una característica fundamental de los diseños observacionales es su gran flexibilidad, por lo que funcionan como patrones útiles para saber qué datos es necesario conseguir, y cómo hay que organizarlos y analizarlos.

De acuerdo con Anguera<sup>150</sup>, “la metodología observacional en contextos naturales o habituales es un procedimiento científico que permite estudiar la ocurrencia de comportamientos perceptibles, de forma que se registren y cuantifiquen adecuadamente, lo cual implicará poder analizar relaciones de secuencialidad, asociación y covariación”, tal y como se realiza a través de los programas informáticos utilizados para estudiar el delito de tráfico ilegal de mano de obra y establecer el límite entre la infracción administrativa laboral y dicho

---

<sup>150</sup> ANGUERA, M<sup>a</sup>. T., “Posibilidades y relevancia de la observación sistemática por el profesional de la Psicología”, cit., p. 122.

delito. La observación, como técnica de investigación, ofrece gran rigor, porque ayuda a describir con exactitud los elementos que se estudian, sin que las expectativas o preferencias del personal investigador intercedan en la misma.

Dentro de esta modalidad, se utiliza la observación documental, que Martín Marín<sup>151</sup> la define como aquella “que se realiza analizando los documentos [...] actuales que recogen y reflejan fenómenos o datos de interés social”. Para ello, por una parte, se ha seguido un enfoque cuantitativo utilizando como técnica la observación sistemática de las sentencias, identificando los elementos relativos al tráfico ilegal de mano de obras y a sus requisitos, y reflejando los datos a través del protocolo de observación sistemática, construido a tal efecto y basado en la doctrina. Por otra parte, se ha utilizado un enfoque cualitativo, aplicando como técnica la observación interna de los contenidos de las entrevistas a profesionales, con objeto de extraer sus significados. Como afirman Massot Lafon, Dorio Alcaraz y Sabariego Puig<sup>152</sup>, “el análisis documental es una actividad sistemática y planificada que consiste en examinar documentos ya escritos que abarcan una amplia gama de modalidades. A través de ellos es posible captar información valiosa. Los documentos son una fuente bastante fidedigna y práctica para revelar los intereses y las perspectivas de quienes los han escrito”. En el análisis documental se han seguido las cinco fases señaladas por Massot Lafon, Dorio Alcaraz y Sabariego Puig<sup>153</sup>:

1. La búsqueda e inventario de los documentos existentes y disponibles, sobre las cuestiones vinculadas con el tráfico ilegal de mano de obra.
2. La clasificación de los documentos seleccionados.
3. La selección de los documentos más relevantes para los objetivos de esta investigación.

---

<sup>151</sup> MARTÍN MARÍN, B., *Métodos de investigación y análisis de datos en ciencias sociales y de la salud*, Pirámide, Madrid, 2011, p. 176.

<sup>152</sup> MASSOT LAFON, I., DORIO ALCARAZ, I. y SABARIEGO PUIG, M., *Métodos de investigación cualitativa. Metodología de la investigación educativa*, La Muralla, Madrid, 2009, p. 349.

<sup>153</sup> MASSOT LAFON, I., DORIO ALCARAZ, I. y SABARIEGO PUIG, M., *Métodos de investigación cualitativa. Metodología de la investigación educativa*, cit., pp. 351.

4. Una lectura en profundidad del contenido de los documentos jurídicos identificados, para extraer elementos de análisis y registrarlos en "memos" o notas marginales para identificar los patrones, tendencias, convergencias y contradicciones que se van descubriendo.

5. Lectura cruzada y comparativa de los documentos en cuestión, de modo que sea posible construir una síntesis comprensiva sobre los aspectos relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra.

El paradigma interpretativo, cualitativo, naturalista se fundamentan en los siguientes postulados, señalados por Flick<sup>154</sup>.

- Los procesos sociales, incluidos los jurídicos, se caracterizan por su naturaleza interpretativa, holística, dinámica y simbólica.

- El contexto adquiere un papel relevante en los significados sociales, nos referimos a un contexto social en el que se desarrollan las actividades laborales con consecuencia para las personas.

- El centro de la investigación lo constituye la acción humana y sus causas, que anidan en el significado adjudicado por quienes las realizan. En este caso vinculados con el tema objeto de estudio. Las resoluciones judiciales tienen consecuencias para las personas y estas forman parte de su proceso formativo, de su sistema de valores, de la realidad social predominante en cada momento, etc.

- La comprensión teleológica constituye la esencia de la construcción teórica, antes que la explicación causal.

- La objetividad se logra a través del significado subjetivo que la acción adquiere para sus protagonistas.

---

<sup>154</sup> Véase, FLICK, U. *Qualitative research designs. Designing qualitative research*, California, Sage Publications, 2007, también véase SABARIEGO PUIG, M., "La investigación educativa: génesis, evolución y características", cit., pp. 52-87; y HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. y BAPTISTA, P., *Metodología de la investigación*. Ciudad de México, McGraw Hill, 2010.

Desde el enfoque interpretativo, el acento se pone en la perspectiva de las personas participantes. Por ello, se recurre al registro de información global, contextualizada y de carácter cualitativo (los significados, las percepciones, los intereses de las personas) que precisa un enfoque eminentemente social a lo largo de todo el proceso investigador (se implica a quienes participan en cada contexto para definir los problemas de investigación, recoger los datos y valorar la calidad de los resultados)<sup>155</sup>.

Como se ha indicado anteriormente, esta investigación se incardina, por una parte, en el paradigma positivista (perspectiva empírico-analítica), ya que a través de la observación sistemática se realiza una descripción y un análisis objetivo y fragmentable de las sentencias sobre el tráfico ilegal de mano de obra; y, por otra, en el paradigma fenomenológico-interpretativo, a partir de las entrevistas a operadores jurídicos.

a. Diseño cuantitativo: observación sistemática de las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia o por las Audiencias Provinciales, a través de un protocolo o registro de observación sistemática, para lo cual se elaboró una guía o parrilla de observación para obtener datos de acuerdo con el concepto y requisitos del tráfico ilegal de mano de obra, recogido en la doctrina. La persona que investiga “debe interesarse por los hechos y el conocimiento de los mismo nunca debe quedar interferido por lo subjetivo (las propias asunciones y valores)”<sup>156</sup>.

b. Diseño cualitativo fenomenológico, en el marco del “interaccionismo simbólico”. Se lleva a cabo a través de la observación interna de los contenidos de las entrevistas a diferentes profesionales relacionados también con el tráfico ilegal de mano de obra. Desde este planteamiento metodológico se asume, por un lado, las interpretaciones subjetivas o significados que quienes participan otorgan a los procesos en los que se hallan inmersos, que viven y, por otro, el

---

<sup>155</sup> Véase SABARIEGO PUIG, M., “La investigación educativa: génesis, evolución y características”, BISQUERRA ALZINA, R., *Metodología de la investigación educativa*, cit., pp. 52-87.

<sup>156</sup> SABARIEGO PUIG, M., “La investigación educativa: génesis, evolución y características”, cit., p. 71.

hecho de que no hay por qué dudar de la veracidad de la información aportada por tales participantes en cuanto que son protagonistas de las experiencias vividas y sobre las que se les ha demandado información.

Quienes investigan y contribuyen a construir ciencia jurídica tienen también que exponer y cuidar el método utilizado. En este sentido, un sector de la doctrina<sup>157</sup> ha manifestado que el objeto de la metodología o estudio del método o métodos, puede tenerse en cuenta para el conocimiento de una materia científica, o bien con fines solo de investigación, o bien, además, con fines prácticos o de aplicación. Para conocer un camino se ha de comenzar por identificar su punto de partida y su punto de llegada, se plantean, ¿cómo sin saber de dónde se parte y a dónde se va, es posible encontrar el mejor camino que resulte transitable? Destacan la importancia de ocuparse de la metodología del Derecho porque al ponderar el jurista la materia jurídica, al construirla científicamente, entra necesariamente en relación con la realidad social con la que, en cierta medida, se relaciona la realidad jurídica y se integra. El jurista, ya sea desde la teoría o desde la práctica, está tratando con una materia que tiene un contenido humano, moral y social, lo cual tiene que tener en cuenta, pues el Derecho es de la sociedad para la sociedad. Por ello, hay que hacerlo comprensible, no solo a las personas integradas en un área de conocimiento jurídico, sino a toda la comunidad. Si no nos entienden y no nos conocen, no pueden defender nuestros postulados, ni nuestra lucha por el Derecho.

Por consiguiente, conviene llevar a cabo una función educadora, pedagógica, para transmitir el conocimiento específico del Derecho a otras personas, de manera que les facilitemos este tipo de aprendizaje en cuestiones jurídicas, y puedan cuestionar nuestros postulados. Como dice Marx<sup>158</sup>, “mi propia existencia es una actividad social, por esta razón, lo que yo mismo produzco lo produzco para la sociedad y con la conciencia de actuar como ser social”. He ahí la importancia de la metodología, de hacer con orden, para

---

<sup>157</sup> Véase HERNANDEZ GIL, A., “Metodología de la ciencia del Derecho”, *Obras completas*, vol. V, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pp. 9, 30 y 60.

<sup>158</sup> FROMM, E., *Marx y su concepto del hombre*, 3ª reimpresión, Fondo de cultura económica, México, 1970, p. 79.

posteriormente exponerlos de forma clara. La “verdad” está ahí para construirla, construyendo “verdades” cada vez más complejas en procesos de reflexión infinitos.

## 2. PARTICIPANTES Y CONTEXTO

Cruz Villalón<sup>159</sup> afirma que “el método de investigación jurídica debe proceder a la contextualización de la norma: sus antecedentes históricos, su evolución, las razones del cambio legislativo, la evolución del contexto social, económico o político que determina los cambios de las reglas jurídicas, etc.”.

Nos situamos en un contexto social, España, en el que tiene lugar el tráfico ilegal de mano de obra, que afecta a personas extranjeras o nacionales, tanto a hombres como a mujeres, y que implica tantos aspectos jurídicos laborales como penales, como hemos visto anteriormente.

En el presente trabajo se cuenta con dos tipos de participantes:

*Participante 1: Sentencias.*

Se han seleccionado todas las sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra, disponibles en la base de datos de Aranzadi Instituciones.

Se han analizado un total de 19 sentencias disponibles, en todo el territorio nacional, hasta julio de 2019. Las mismas se han dictado entre los años 1998 a 2019. En la Tabla 1 se muestran las sentencias que contemplan el tráfico ilegal de mano de obra, su distribución entre las Audiencias Provinciales (AP) y el Tribunal Supremo (TS), así como por los años en los que fueron dictadas.

---

<sup>159</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, nº. 132, 2016, p. 81.

**Tabla 1***Distribución de sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra*

1	STS 5/02/1998
2	SAP GI 15/10/1998
3	SAP GI 10/11/1998
4	SAP BCN 15/12/1998
5	SAP Las Palmas 31/07/1999
6	SAP Burgos 29/10/2001
7	SAP Valladolid 26/02/2004
8	SAP Huelva 22/05/2004
9	SAP Málaga 3/12/2004
10	STS 10/03/2005
11	SAP Huelva 7/11/2005
12	SAP Alicante 21/03/2006
13	SAP Huelva 23/03/2006
14	SAP Huelva 17/04/2007
15	SAP Madrid 8/01/2008
16	SAP Barcelona 3/02/2009
17	SAP Coruña 11/11/2013
18	SAP Tarragona 3/11/2014
19	SAP Pontevedra 11/04/2016

*Participantes 2:* Profesionales que por el ejercicio de sus funciones tienen vínculo con el tráfico ilegal de mano de obra. Se ha contado con 11 profesionales que han participado en este trabajo, colaborando en la realización de las entrevistas en profundidad. El procedimiento de muestreo utilizado es no probabilístico sino casual e intencional, porque la selección de los individuos se efectúa de acuerdo con las características de la investigación o de quien hace la muestra, teniendo en cuenta que “interesa mucho más trabajar con muestras que aporten datos relevantes y de calidad”<sup>160</sup>. Se contacta con personas a las que se tiene facilidad de acceso (muestreo casual o por accesibilidad) e intencional porque se seleccionan a personas expertas en un tema o relevantes como fuentes importantes de información según criterios establecidos previamente. Para Sabariego y Vilá<sup>161</sup>, este tipo de muestra está marcada por la experiencia de quienes participan y por su accesibilidad.

Atendiendo a la actividad laboral de los profesionales encontramos que el 100% (n=11) que responden a la entrevista son hombres, aunque también se contactó con mujeres, pero no se obtuvo su respuesta a pesar de la insistencia e interés por contar con el colectivo femenino.

---

<sup>160</sup> HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. y BAPTISTA, P., *Metodología de la investigación*, McGraw Hill, Ciudad de México, 2010, p. 402.

<sup>161</sup> SABARIEGO, M. y VILÀ, R., y SANDÍN-ESTEBAN, M. P., “El análisis cualitativo de datos con ATLAS.ti”, *REIRE, Revista d’Innovació i Recerca en Educació*, Vol. 7, nº. 2, 2014, pp. 119-133, <http://www.ub.edu/ice/reire.htm>.



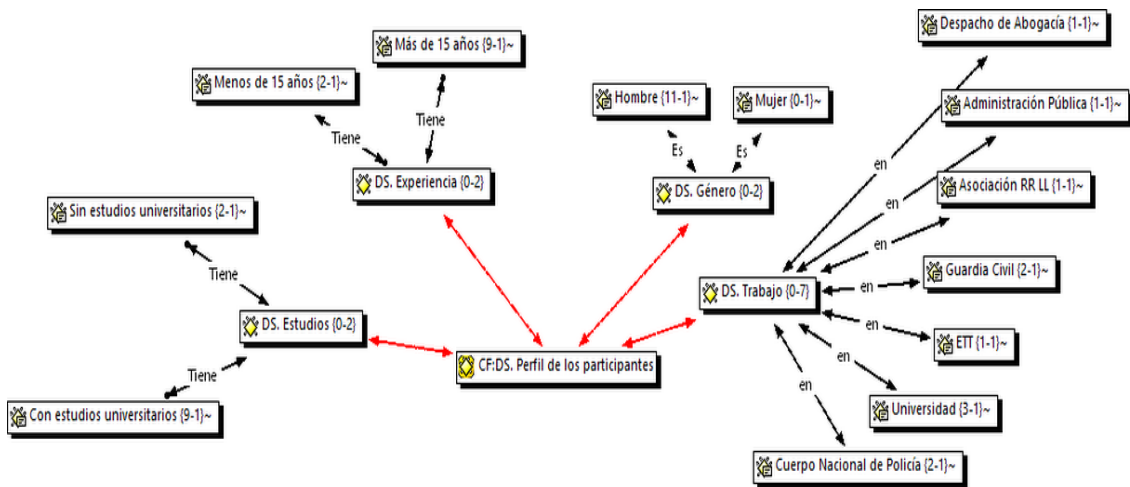


Figura 3. Red semántica: Perfiles de los entrevistados

La Figura 3 representa los datos sociodemográficos de los entrevistados. En total contamos con 11 participantes de género masculino. La mayoría tiene estudios universitarios ( $N=9$ ) y experiencia superior a los 15 años. En lo que respecta a trabajo, tres trabajan en la universidad, seguidos de dos participantes que ostentan un puesto en el Cuerpo Nacional de Policía y dos en la Guardia Civil, así como un responsable de una ETT, un participante perteneciente a una asociación de Relaciones Laborales, un abogado y un trabajador de la Administración Pública. Este dato es importante para saber el nivel de formación y conocimiento de la materia analizada, con el fin de determinar la validez de las respuestas y no caer en razonamientos falaces de invalidación de resultados por no ser personal cualificado.



Figura 4. Lugar de trabajo

### 3. RECOGIDA DE INFORMACIÓN: INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS

Se ha realizado una búsqueda selectiva de bibliografía sobre el tráfico ilegal de mano de obra y otros documentos que incluyen información significativa sobre el problema objeto de estudio. Para obtenerla hemos utilizado para las normas jurídicas, el Código Penal y la normativa laboral; para las resoluciones judiciales (tanto laborales como penales), la base de datos de Aranzadi Instituciones; para los textos doctrinales, el buscador Xabio de la biblioteca digital de la Universidad de Murcia y Dialnet. También hemos consultado los Anuarios del Ministerio Fiscal para consultar los datos referentes a causas del art. 312.1 CP, disponibles en su página web.

Hemos manejado tanto fuentes primarias como secundarias. Las fuentes primarias nos aportan información original, proporcionan datos de primera mano, son diversas y entre ellas están las monografías, libros, artículos (revistas científicas, prensa), tesis doctorales, informes y páginas en Internet, documentos oficiales como las sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra, porque son

las que nos aportan información directa sobre la aplicación de la ley a hechos concretos que son juzgados.

Las fuentes secundarias contienen información primaria, son las que procesan información de primera mano, la reelaboran, analizan interpretan o reorganizan. Ejemplos en texto escrito son libros, monografías, enciclopedias, manuales, etc.

En este apartado, en primer lugar, se describen los instrumentos seleccionados y el procedimiento seguido para su diseño, aplicación y recogida de información.

### **3.1 Instrumentos y procedimiento**

Para seleccionar y extraer la información relevante para la investigación, se han elaborado dos instrumentos, relacionados con cada uno de los diseños.

En primer lugar, se realizó una revisión sobre la doctrina relativa al tráfico ilegal de mano de obra, laboral y penal, la cual constituye el fundamento para la elaboración de los dos instrumentos contruidos (protocolo de observación sistemática, para las sentencias; y, el diseño de la entrevista para profesionales). Este proceso, permitió esbozar la finalidad principal de esta investigación: determinar qué es el tráfico ilegal de mano de obra para delimitar la infracción o infracciones administrativo-laborales del delito de tráfico ilegal de mano de obra.

A continuación, se procedió a contextualizar el problema mediante la revisión de las fuentes documentales, elaborando el apartado doctrinal que fundamenta este trabajo, en el que se atiende a los antecedentes y al estado actual de la cuestión, afirmando la importancia y la necesidad, desde el ámbito jurídico, del tema objeto de estudio.

Tras lo anterior, se reflexionó sobre los instrumentos idóneos para analizar la información ya que, como indica Cruz Villalón<sup>162</sup>, “la actividad de investigación

---

<sup>162</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, cit., p. 76.

en todos los campos del saber es el consistir en una labor que pretende aproximarse al conocimiento de la realidad en sus muy diferentes facetas”. A su vez, como se ha expresado con acierto, la metodología de cada ciencia es ante todo “la reflexión de esta ciencia sobre su propio proceder, sobre los modos de pensamiento y medios de conocimiento de que se sirve”. En este sentido, se decidió elaborar un registro de observación sistemática, delimitando las categorías a analizar, así como un guion de entrevista para profesionales, vinculados de alguna forma, al tráfico ilegal de mano de obra, y relacionada con los objetivos de la presente investigación.

A. Protocolo de Observación Documental Sistemático (PODS), Diseño Observacional, por lo que para el análisis documental se ha elaborado un registro de observación sistemática diseñado *ad hoc*, siguiendo las aportaciones de la doctrina sobre tráfico ilegal de mano, así como las pautas metodológicas para el diseño de instrumentos<sup>163</sup> en estudios semejantes.

El instrumento comprende un total de 10 dimensiones en las que se registran:

Datos de identificación:

1. Riesgo abstracto, condiciones abusivas, 2. explotación, 3. comerciar/negociar, 4. intermediación, 5. cesión ilegal, 6. habitualidad, 7. bien jurídico, 8. lucro, 9. nacionales/extranjeros, 10. Dolo.

A continuación, señalamos la relación entre los objetivos y los instrumentos de recogida de información utilizados.

---

<sup>163</sup> ANGUERA, M<sup>a</sup>. T., “La observación”, cit., pp. 255-292. ANGUERA, M<sup>a</sup>. T., “Posibilidades y relevancia de la observación sistemática por el profesional de la Psicología”, cit., pp. 122-130.

**Tabla 2**

*Relación entre objetivos e instrumentos de recogida de información*

Objetivos	Instrumentos
1. Determinar qué es el tráfico ilegal de mano de obra.	Análisis de documentos jurídicos.  Protocolo de Observación sistemática. SPSS V.19.  Entrevistas. Atlas.ti 6.2.15
2. Estudiar el delito de tráfico ilegal de mano de obra y las infracciones administrativo-laborales que integra.	Análisis de documentos jurídicos.  Protocolo de Observación sistemática. SPSS V.19
3. Analizar las vías legales e ilegales de intermediación laboral y cesión de personas trabajadoras.	Análisis de documentos jurídicos.
4. Establecer criterios que permitan aplicar el tipo penal de tráfico ilegal de mano de obra respecto a las infracciones administrativo-laborales que integra.	Análisis documental en Derecho.  Protocolo de Observación sistemática. SPSS V.19  Entrevistas. Atlas.ti 6.2.15

El procedimiento seguido para la recogida de los datos, sobre las sentencias, se ha ido realizando en el transcurso de la realización de la Tesis Doctoral, con objeto de poder incorporar nuevas sentencias.

La búsqueda se ha realizado a través de la base de datos de Aranzadi Instituciones. Se estableció un criterio de búsqueda para las sentencias que contemplaba el término “tráfico ilegal”. Una vez identificadas las sentencias que lo incluían, un total de 53, buscamos, dentro de cada una, “mano de obra” y después “312.1”, pero tuvimos que descartar 34 por no analizar el tipo penal del

312.1 CP ya que solo aparecía referenciado. Por ello, finalmente, se han analizado 19 sentencias penales, a fecha de 29 de julio de 2019. A continuación, se realizó el vaciado de datos de forma manual, incorporando cada hallazgo en el registro de observación sistemática explicado previamente, completando la totalidad de sus dimensiones.

Posteriormente, se estudiaron los datos correspondientes al enfoque cuantitativo mediante el programa SPSS V.19.

- A. Entrevistas destinadas a profesionales. Se elaboró un guion de entrevista semiestructurada, centrada en la problemática del tráfico ilegal de mano de obra, y con un grado de directividad moderado. Este guion, diseñado *ad hoc*, ha tenido en cuenta tanto las aportaciones de la doctrina sobre el tema objeto de estudio, como los objetivos de la presente investigación.

El guion de la entrevista se ha realizado, con apoyo en la doctrina y en coherencia con el diseño metodológico adoptado, procurando que fuera lo menos estructurado y directivo posible, con el fin de que quienes participaran aportaran los máximos significados, en torno a las experiencias vividas sobre la problemática de estudio.

La entrevista fue sometida, posteriormente, a un proceso de validación mediante el estudio piloto (ocho personas expertas, relacionadas con la temática que se estaba trabajando). Las pequeñas modificaciones sugeridas fueron incorporadas a las preguntas de la entrevista. Para su difusión se tuvo en cuenta las sugerencias de la directora y director de esta tesis doctoral. Se hizo una relación de personas, un total de 26, con características profesionales diferentes y lugares de trabajo diversos (Universidad, Guardia Civil, Policía Nacional, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sindicatos, ETT, judicatura y magistratura...).

Previamente a la entrevista propiamente dicha, se explicaba brevemente la investigación que se estaba realizando, su objeto de estudio y los objetivos pretendidos, así como la importancia de contar con su colaboración. En primer lugar, se han recogido datos referentes al perfil de quienes participan (género, estudios, lugar de trabajo y años de experiencia profesional), el segundo bloque

estaba constituido por 10 preguntas, y un tercer apartado sobre si deseaban comentar alguna cuestión más sobre lo que habíamos tratado a lo largo de la entrevista, para finalizar dándole las gracias por su disponibilidad y colaboración, así como por su tiempo y aportaciones.

Las preguntas se han centrado en las siguientes cuestiones, vinculadas con los objetivos):

1. Concepto de tráfico ilegal de mano de obra.
2. Requisitos del tráfico ilegal de mano de obra.
3. Diferencia entre tráfico ilegal de mano de obra y la trata de personas con fines de explotación laboral.
4. El tipo penal que castiga la intermediación laboral irregular.
5. Cuando hay que perseguir la intermediación laboral irregular por la vía penal.
6. El tráfico ilegal de mano de obra es el delito de intermediación laboral irregular.
7. Requisitos que se han de apreciar en el delito de tráfico ilegal de mano de obra para diferenciarlo de la infracción administrativo laboral de intermediación en el mercado de trabajo.
8. Concepto de seguridad laboral.
9. Concepto de estabilidad social.
10. Relación entre seguridad laboral y estabilidad social.

Del total de entrevistas solicitadas (26), finalmente hemos conseguido 11, a pesar de los esfuerzos y reiteraciones realizadas para contar con un mayor número; no obstante, las consideramos relevantes porque recogen la perspectiva de profesionales que trabajan en diferentes lugares, aunque todas corresponden a hombres, pues se hizo la petición a mujeres, pero por diferentes motivos, no han podido atender nuestra solicitud. En cualquier caso, en la investigación cualitativa, a diferencia de la cuantitativa, lo relevante no es el

tamaño de la muestra sino su representatividad con respecto a los objetivos del trabajo y la profundidad de la información que se obtiene. Como indica Flick<sup>164</sup> lo importante, en este tipo de diseño, es contar con la información que aportan quienes participan, para comprenderlos en el contexto de significados donde se desenvuelve su experiencia profesional única, propia e idiosincrática, en escenarios dados y contruidos por las realidades socioculturales que los envuelven y que generan sus propios discursos. Y, “los discursos son formas de comportarse, interactuar, valorar, pensar, creer, hablar y, a menudo, leer y escribir... son formas de “ser personas como nosotros”. Son formas de “estar en el mundo”; son “formas de vida”. Son, por tanto, siempre y en todas partes, *sociales* y producto de historias sociales”<sup>165</sup>.

Para el tratamiento de la información cualitativa utilizamos el programa Atlas.ti 6.2.15, interpretando los resultados y finalizando con el informe escrito de la investigación.

Una vez recogida la información, se procedió a la transcripción de las entrevistas en documentos de texto. Un documento para cada una de las entrevistas, que se convierten en lo que se denominan documentos primarios textuales, y que fueron necesarios para la creación de la Unidad Hermenéutica (UH) con el programa de análisis de datos cualitativos Atlas.ti 6.2.15. Establecida la UH o proyecto, procedimos a realizar el tratamiento analítico de la información según la propuesta de Miles y Huberman<sup>166</sup>. Para estos autores, el ciclo del análisis de datos cualitativos (en adelante ADC), comprenden cuatro fases que están interconectadas:

---

<sup>164</sup> FLICK, U. *Qualitative research designs. Designing qualitative research*, California, Sage Publications, 2007.

<sup>165</sup> El entrecomillado corresponde a GEE, J.P., *La ideología en los discursos*, Morata, Madrid, 2005, p. 11.

<sup>166</sup> Véase MILES, M. B. y HUBERMAN, A. M., “Qualitative data analysis: A sourcebook of new methods”, en HUBERMAN, A. M., MILES, M. y SALDANA, J., *Qualitative data analysis: a sourcebook of new methods*, Sage publications, California, 1984. HUBERMAN, M. y MILES, M., “Manejo de datos y métodos de análisis”, DEZIN, N.K. y LINCOLN, Y. S., *Handbook of Qualitative Researc*, Sage Publications, California, 1994. HUBERMAN, A. M., MILES, M. y SALDANA, J., *Qualitative data analysis: A methods sourcebook*, Sage Publications, California, 2014.



- Recogida de información.
- Reducción de información.
- Disposición de la información.
- Verificación/contrastación resultados/conclusiones.

En lo que respecta a la fase nuclear del proceso de ADC, esto es, la reducción de la información, la hemos elaborado según las siguientes características:

La segmentación del texto de las entrevistas o definición de las unidades de análisis: criterio temático (citas).

El proceso de extracción de categorías y sus correspondientes códigos se ha realizado según una estrategia mixta (deductiva-inductiva) y con la utilización de criterios fundamentalmente de carácter descriptivo que, según Miles y Huberman<sup>167</sup> comportan un nivel de inferencia mínima por parte de quien realiza la investigación.

Realizamos el agrupamiento de las categorías/códigos extraídos en metacategorías/códigos, también denominados familias, de orden jerárquico superior, según su afinidad temática o constructo analizado.

La disposición de la información se ha efectuado a través del recurso gráfico denominado redes semánticas.

### **3.2 Plan de tratamiento y análisis de la información**

En este apartado, dado el enfoque mixto, a través del que se desarrolla la investigación, diferenciamos dos procesos diferentes, pero complementarios. Por una parte, el análisis de los datos cuantitativos, recogidos en la guía de observación sistemática, para lo que hemos utilizado el programa estadístico

---

<sup>167</sup> HUBERMAN, M. y MILES, M., "Manejo de datos y métodos de análisis", en DEZIN, N.K. y LINCOLN, Y. S., *Handbook of Qualitative Research*. California, Sage Publications, 1994.

SPSS V.19, y, por otra, el análisis de la información cualitativa, a través del programa Atlas.ti 6.2.15.

#### A) Tratamiento de la información cuantitativa

Como se ha indicado, y con objeto de analizar la información cuantitativa, disponible en la guía de observación sistemática, hicimos los cálculos estadísticos precisos mediante el programa SPSS V.19.

Llevamos a cabo un análisis estadístico de una correlación bivariada (2 colas) para saber si los factores (categorías: lucro, habitualidad, intermediación, dolo...) estaban relacionados; 2 colas significa extremo inferior y extremo superior de una muestra, con lo que se pretende verificar que es extremadamente poco probable que esas coincidencias se produzcan por el azar. El nivel de confianza son 2 sigmas (95%) y 3 sigmas (97,5%). Dos sigmas son dos desviaciones típicas.

#### B) Tratamiento de la información cualitativa

El programa Atlas.ti 6.2.15, ha sido el software escogido para analizar los contenidos de las entrevistas por su gran capacidad de clasificación y disposición de los datos cualitativos de las entrevistas.

Como afirma Rapley<sup>168</sup>, “en el estudio del discurso, y mediante el, usted empieza ver que no existe “una verdad”, sino más bien verdades o versiones múltiples y a veces contradictorias. Además, el lenguaje no se refiere a una realidad estable, sino que produce múltiples comprensiones posibles de lo real... La cuestión es mostrar en su análisis y en su texto, y mediante ellos, cómo se producen verdades o versiones específicas del mundo. Su trabajo es convencer a otros de que sus aseveraciones, sus interpretaciones, son creíbles y plausibles, que usted no se está sacando esto de la nada o que no es una vaga corazonada, sino que su argumento está basado en los materiales de su archivo”.

---

<sup>168</sup> RAPLEY, T., *Los análisis de la conversación, del discurso y de documentos en investigación cualitativa*, Madrid, Morata, Colección Investigación Cualitativa, 2014, p. 167.

El proceso llevado a cabo para analizar el discurso de los contenidos, sobre tráfico ilegal de mano de obra, se sintetiza en la Figura 5.

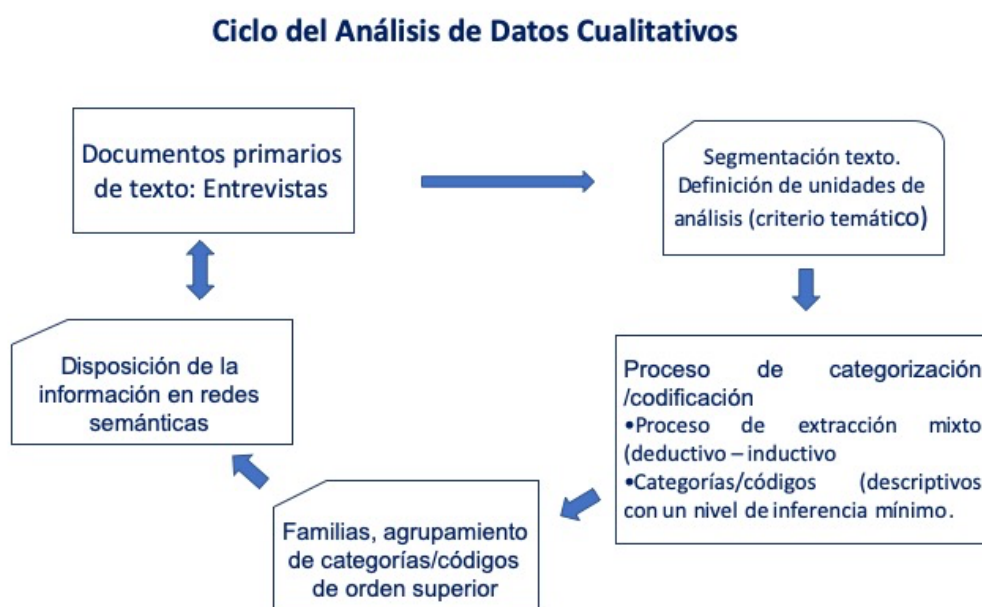


Figura 5. Ciclo del análisis de datos cualitativos

El primer paso, de acuerdo con Serrano Pastor<sup>169</sup>, fue reducir la información inicial, ya que como la autora indica constituye un proceso clave para simplificar y seleccionar los datos que aportan significados al problema planteado. En este sentido, fraccionamos el texto a través de diferentes unidades de análisis o citas, empleando el criterio temático, que la autora define como el método que vincula aquellas unidades que abarcan el mismo tópico o asunto, en nuestro caso, vinculada con las preguntas de la entrevista.

<sup>169</sup> Véase SERRANO PASTOR, F. J., *Análisis de relatos. Cuentos pedagógicos, relatos educativos*, Diego Marín, Murcia, 1999.

**Tabla 3***Relación de familias y categorías que comprende*

<b>FAMILIAS</b>	<b>CATEGORÍAS QUE COMPRENDE</b>
1. Concepto de tráfico ilegal de mano de obra.	CTI. Cesión ilegal de mano de obra; CTI. Emplear al margen de los mecanismos legales
	CTI. Explotación de empleados en un puesto de trabajo
	CTI. Tipificado en el artículo 312.1 del Código Penal.
2. Requisitos del tráfico ilegal de mano de obra.	RTI. Requisitos
	RTI. Incumplir el art. 1 de la Ley 14/1994, de las ETT
	RTI. Ejercer actividades de intermediación laboral que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado declaración responsable, de reunir los requisitos establecidos en la ley de Empleo, o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados
3. Diferencia entre tráfico ilegal de mano de obra y la trata de personas con	RTI. La jurisprudencia penal fija los criterios para entender el delito cometido
	DTI. Según la legislación vigente
	DTI. Tráfico ilegal de mano de obra

fines de explotación laboral.	DTI. La trata de personas con fines de explotación laboral
4. El tipo penal que castiga la intermediación laboral irregular.	<p>TPCIL. Sanción penal</p> <p>TPCIL. Otros supuestos</p> <p>TPCIL. Sanción administrativa</p>
5. Cuando hay que perseguir la intermediación laboral irregular por la vía penal.	<p>PIL. Cuando se trata de explotación laboral</p> <p>PIL. Debe de encontrarse la existencia de unas condiciones de especial gravedad y trascendencia;</p> <p>PIL. Cuando concurren los requisitos que se contemplan en los artículos 311, 312 o 313 del Código Penal</p>
6. El tráfico ilegal de mano de obra es el delito de intermediación laboral irregular.	<p>TID. La intermediación laboral es legal</p> <p>TID. Se convierte en delito cuando...</p> <p>TID. Es una actividad ilícita regulada por el Estatuto de los Trabajadores</p>
7. Requisitos que se han de apreciar en el delito de tráfico ilegal de mano de obra para diferenciarlo de la infracción administrativo laboral en materia de	<p>R.DTAL. Se considera delito cuando...</p> <p>R.DTAL. Es la casuística y la interpretación de los órganos judiciales las que establezcan la infracción administrativa o penal</p> <p>R.DTAL. La existencia de un régimen sancionador específico por vía administrativa</p>

intermediación en el mercado de trabajo.	
8. Concepto de seguridad laboral.	<p>CSL. Cuando no se produce la explotación</p> <p>CSL. Protección de las personas trabajadoras en las empresas</p> <p>CSL. Situación laboral digna, estable y en condiciones adecuadas</p> <p>CSL. Trabajo dentro de condiciones reguladas</p> <p>CSL. Trabajo no precario</p> <p>CSL. Trabajo sin temporalidad excesiva</p> <p>CSL. Otros conceptos</p>
9. Concepto de estabilidad social.	<p>CES. Laboral</p> <p>CES. General</p> <p>CES. Término polisémico.</p>
10. Relación entre seguridad laboral y estabilidad social.	<p>RCSL. Ambos conceptos están relacionados, pero no de forma estrecha</p> <p>RCSL. La seguridad Laboral es un elemento más de la estabilidad social</p> <p>RCSL. Las infracciones en el ámbito laboral atentan contra la seguridad laboral y a su vez, contra la estabilidad social.</p>

Tras ello, realizamos la extracción de categorías por vía deductiva, lo que supone efectuar el trabajo de investigación a partir de la doctrina científica, organizando los contenidos a medida que se interactúa con el texto. De este modo, las categorías se crearon a partir de los conceptos previamente establecidos.

**Tabla 4**

*Sistema de categorías y metacategorías*

CATEGORÍAS	METACATEGORÍAS QUE COMPRENDE
CTI. Tipificado en el artículo 312 del Código Penal.	
RTI. Requisitos	
RTI. Incumplir el art. 1 de la Ley 14/1994, de las ETT	
RTI. Ejercer actividades de intermediación laboral que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado declaración responsable, de reunir los requisitos establecidos en la ley de Empleo, o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados	

---

RTI. La jurisprudencia penal fija los criterios para entender el delito cometido

---

DTI. Según la legislación vigente

---

DTI. Tráfico ilegal de mano de obra

---

DTI. La trata de personas con fines de explotación laboral

---

TPCIL. Sanción penal

---

TPCIL. Otros supuestos

---

TPCIL. Sanción administrativa

---

PIL. Deben concurrir condiciones de especial gravedad y trascendencia;

---

PIL. Cuando concurren los requisitos que se contemplan en los artículos 311, 312 o 313 del Código Penal

---

TID. Se convierte en delito

---

TID. Es una actividad ilícita regulada por el Estatuto de los Trabajadores

---

R.DTAL. Se considera delito ...

---



---

R.DTAL. La existencia de un régimen sancionador específico por vía administrativa

---

CLS. Otros conceptos

---

1. CES. Laboral

---

2. CES. General

---

A continuación, asignamos las unidades de análisis a las categorías establecidas, agrupando las categorías y códigos en familias o metacategorías, como se muestra en la Tabla 4, lo que permitió sintetizar los elementos de significado definidos.

Por último, siguiendo el modelo de Miles y Huberman, citado por Serrano Pasto<sup>170</sup>, organizamos la información, creando redes semánticas que organizarasen toda la información.

---

<sup>170</sup> SERRANO PASTOR, F. J., *Análisis de relatos. Cuentos pedagógicos, relatos educativos*, Diego Marín, Murcia, 1999, p. 59.

#### 4. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

En este apartado exponemos, en primer lugar, los resultados obtenidos del análisis de las sentencias y categorías vinculadas al tráfico ilegal de mano de obra, la matriz completa de correlaciones entre las categorías incluidas en el PODS, integrado por las siguientes categorías: 1. Riesgo abstracto, condiciones abusivas, 2. explotación, 3. comerciar/negociar, 4. intermediación, 5. cesión ilegal, 6. habitualidad, 7. bien jurídico, 8. lucro, 9. nacionales/extranjeros, 10. dolo.

En segundo lugar, exponemos el análisis de los resultados cualitativos, de las entrevistas, la red semántica del concepto de tráfico ilegal de mano de obra y de las cuestiones planteadas en las entrevistas.

##### 4.1 Análisis de los resultados cuantitativos: sentencias

A continuación, se presentan los resultados de la investigación atendiendo a los objetivos planteados, de modo que se introduce un epígrafe para resolver cada uno de los mismos.

En primer lugar, la Figura 6 recoge las sentencias y las categorías que aparecen en cada una de ellas, vinculadas al tráfico ilegal de mano de obra.

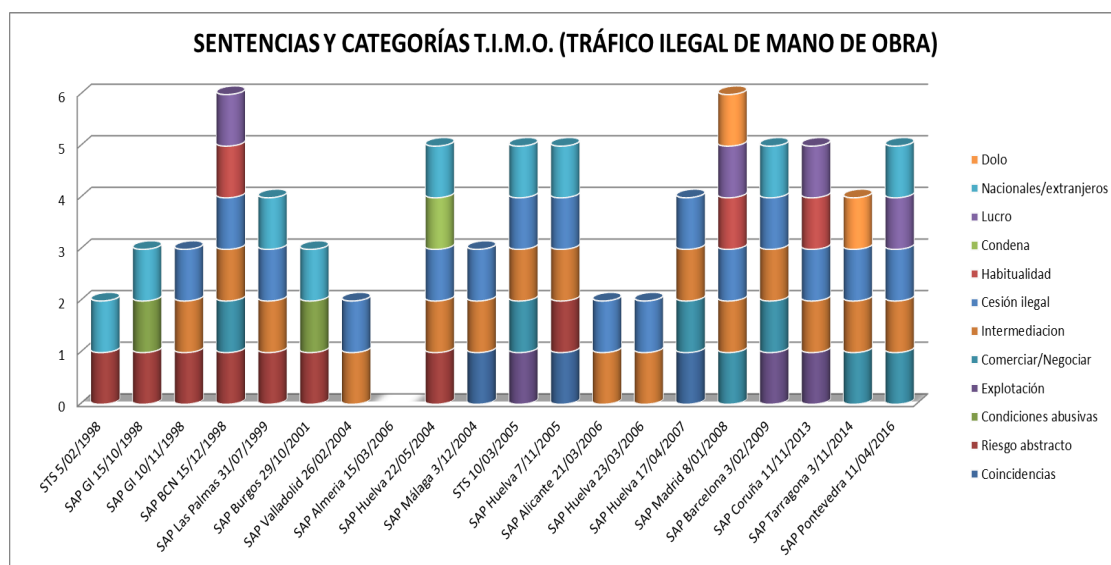


Figura 6. Sentencias y categorías vinculadas al tráfico ilegal de mano de obra

**Tabla 5**

*Sumatorio de sentencias para cada categoría y de categorías para cada sentencia*

	Categorías														
	Sentencias	Coincidencias*	Riesgo abstracto	Condiciones abusivas	Explotación	Comerciar/Negociar	Intermediación	Cesión ilegal	Habitualidad	Condena	Lucro	Nacionales/extranjeros	Dolo	SUMATORIO DE CATEGORÍAS PARA CADA SENTENCIA	
1	STS 5/02/1998		1									1		2	
2	SAP GI 15/10/1998		1	1								1		3	
3	SAP GI 10/11/1998		1				1	1						3	
4	SAP BCN 15/12/1998		1			1	1	1	1		1			6	
5	SAP Las Palmas 31/07/1999		1				1	1				1		4	
6	SAP Burgos 29/10/2001		1	1								1		3	
7	SAP Valladolid 26/02/2004						1	1						2	
8	SAP Almería 15/03/2006													0	
9	SAP Huelva 22/05/2004		1				1	1		1		1		5	
10	SAP Málaga 3/12/2004	1					1	1						2	
11	STS 10/03/2005				1	1	1	1				1		5	
12	SAP Huelva 7/11/2005	1	1				1	1				1		5	
13	SAP Alicante 21/03/2006						1	1						2	
14	SAP Huelva 23/03/2006						1	1						2	
15	SAP Huelva 17/04/2007	1				1	1	1						4	
16	SAP Madrid 8/01/2008					1	1	1	1		1		1	6	
17	SAP Barcelona 3/02/2009				1	1	1	1				1		5	
18	SAP Coruña 11/11/2013				1		1	1	1		1			5	
19	SAP Tarragona 3/11/2014					1	1	1					1	4	
20	SAP Pontevedra 11/04/2016					1	1	1			1	1		5	
	SUMATORIO DE SENTENCIAS PARA CADA CATEGORÍA	3	8	2	3	7	16	16	3	1	4	9	2	74	

Además, en la extracción de categorías y el estudio de las sentencias observamos coincidencias entre el texto de las mismas, lo que representamos en la siguiente tabla:

\*Coincidencias entre sentencias:

Sentencias/Categorías	Coincidencias
SAP Málaga 3/12/2004	Esta sentencia es igual que SAP Valladolid 2004, aunque sin citarla.
SAP Huelva 7/11/2005	Esta sentencia transcribe la SAP Huelva 22/05/2004
SAP Huelva 17/04/2007	Idem Huelva 2004/STS 2005

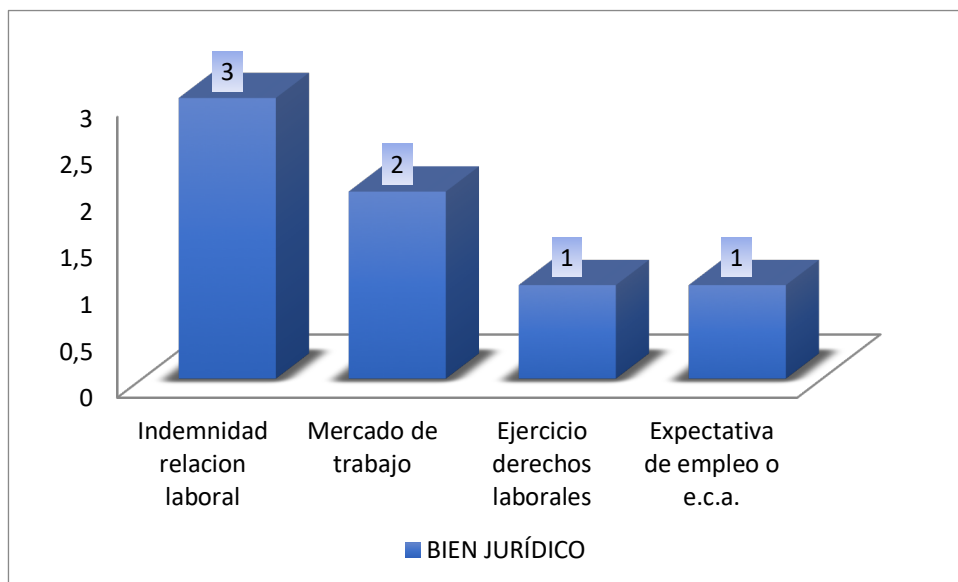


Figura 7. Relación del bien jurídico con otras categorías

**Tabla 6**

*Sentencias y relación del bien jurídico con otras categorías*

Sentencias/Categorías	Bien jurídico
STS 5/02/1998	
SAP GI 15/10/1998	Ejercicio derechos laborales

SAP GI 10/11/1998	Mercado de trabajo
SAP BCN 15/12/1998	Expectativa de empleo o expectativa control administrativo
SAP Las Palmas 31/07/1999	
SAP Burgos 29/10/2001	Indemnidad relación laboral
SAP Valladolid 26/02/2004	
SAP Almería 15/03/2006	
SAP Huelva 22/05/2004	
SAP Málaga 3/12/2004	
STS 10/03/2005	Indemnidad relación laboral
SAP Huelva 7/11/2005	
SAP Alicante 21/03/2006	
SAP Huelva 23/03/2006	
SAP Huelva 17/04/2007	
SAP Madrid 8/01/2008	
SAP Barcelona 3/02/2009	Indemnidad relación laboral

SAP 11/11/2013	Coruña	
SAP 3/11/2014	Tarragona	Mercado de trabajo
SAP 11/04/2016	Pontevedra	

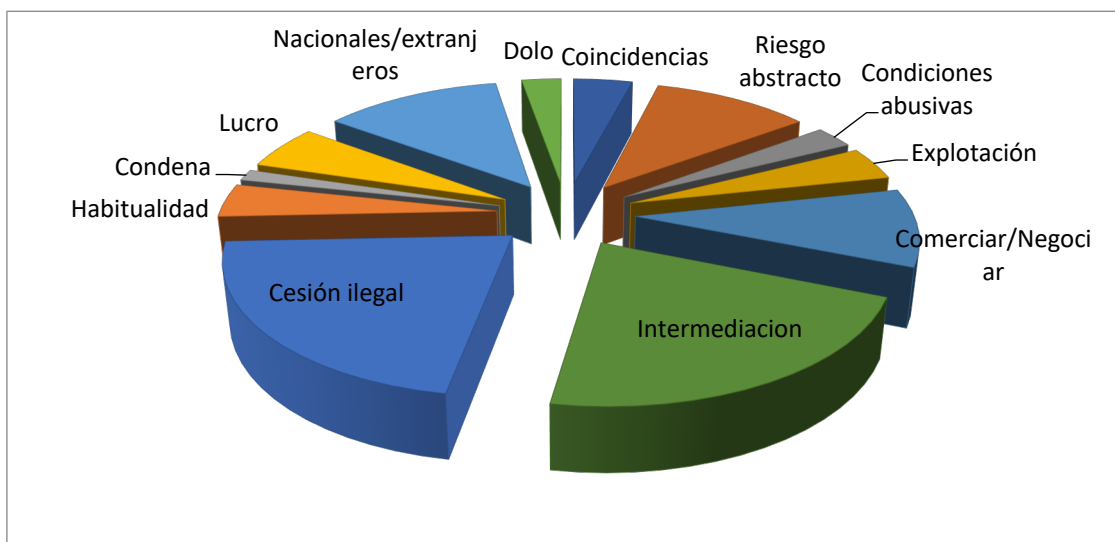
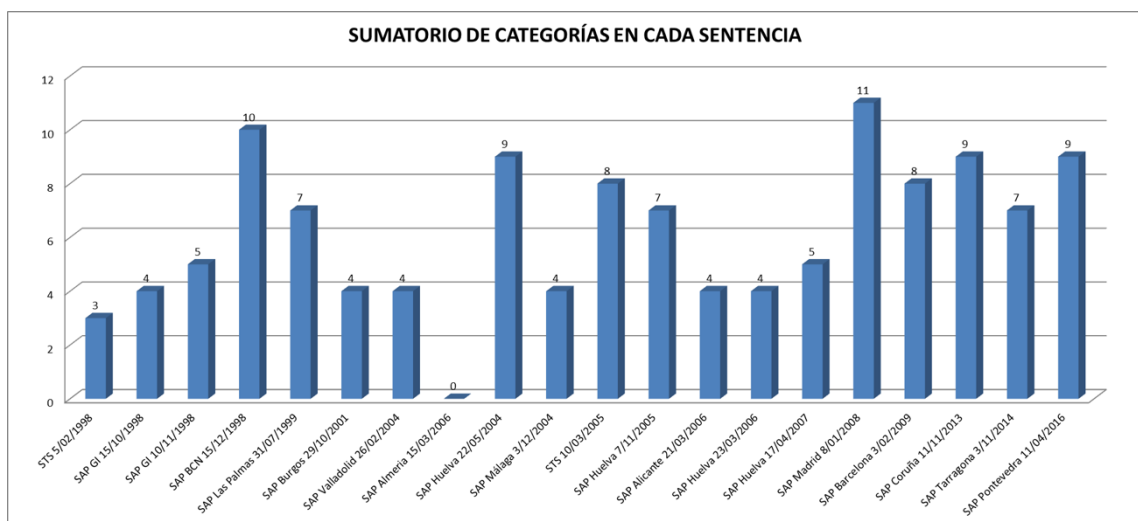


Figura 8. Sumatorio de categorías en cada sentencia

**Tabla 7**

*Sumatorio de categorías en cada sentencia*

CATEGORÍAS	SUMATORIO DE CATEGORÍAS EN LAS SENTENCIAS
Coincidencias	3
Riesgo abstracto	8
Condiciones abusivas	2
Explotación	3
Comerciar/Negociar	7
Intermediación	16
Cesión ilegal	16
Habitualidad	3
Lucro	4
Nacionales/extranjeros	9
Dolo	2



*Figura 9. Sumatorio de categorías en cada sentencia*

#### 4.1.1 Análisis estadístico con SPSS

A continuación, se presenta la matriz completa de correlaciones, de acuerdo con las categorías recogidas en el PODS, integrado por las siguientes categorías: 1. Riesgo abstracto, condiciones abusivas, 2. explotación, 3. comerciar/negociar, 4. intermediación, 5. cesión ilegal, 6. habitualidad, 7. bien jurídico, 8. lucro, 9. nacionales/extranjeros, 10. dolo.

Para su análisis utilizamos el Coeficiente de Correlación de Pearson porque mide la relación lineal entre dos variables cuantitativas aleatorias, de manera que dicha relación no se deba al azar o casualidad, sino que dicha correspondencia sea estadísticamente significativa. En nuestro caso, tratamos de conocer la relación entre las categorías que hemos obtenido del análisis de las sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra, como por ejemplo entre “cesión ilegal” y “condiciones abusivas”. Este coeficiente es una medida que representa la expresión numérica del grado de reciprocidad que existe entre las categorías estudiadas.

El resultado numérico oscila entre los rangos de +1 a -1. Esto quiere decir, como veremos más adelante, que una correlación de +1 representa que hay una concordancia lineal directa perfecta (positiva) entre las dos variables (categorías) estudiadas, como, por ejemplo, entre “lucro” y “habitualidad”. Una correlación de -1 indica que existe una relación lineal inversa perfecta (negativa) entre las dos categorías, como, por ejemplo, entre “cesión ilegal” y “condiciones abusivas”. Y una correlación de 0 se explica como que no hay una relación lineal entre las dos categorías estudiadas<sup>171</sup>.

##### 4.1.1. Matriz completa de correlaciones

A continuación, mostramos la matriz completa de correlaciones entre las categorías estudiadas, para tener una visión general de las mismas, pero nos

---

<sup>171</sup> Para más información véase [http://www.psico.uniovi.es/Dpto\\_Psicologia/metodos/tutor.6/fcope.html](http://www.psico.uniovi.es/Dpto_Psicologia/metodos/tutor.6/fcope.html); y, RODRÍGUEZ, S.A. (1984). Some comments on the use of Pearson's coefficient as an index of interobserver agreement. *Revista Mexicana de análisis de conducta*, 10 (2), pp. 137-160.



centraremos en el análisis de aquellas que son significativas, y que su relación no es producto de la casualidad.

**Tabla 8**

*Correlaciones*

		Correlations											
		Coincidencias	Riesgo abstracto	Condiciones abusivas	Explotación	Comerciar/Negociar	Intermediación	Cesión ilegal	Habitualidad	Condena	Lucro	Nacionales/extranjeros	Dolo
Coincidencias	Pearson	1	-.057	-.140	-.176	-.015	.210	.210	-.176	-.096	-.210	-.099	-.140
	Correlation Sig. (2-tailed)		.811	.556	.457	.951	.374	.374	.457	.686	.374	.679	.556
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Riesgo abstracto	Pearson	-.057	1	.408	-.343	-.385	-.357	-.357	-.057	.281	-.153	.492	-.272
	Correlation Sig. (2-tailed)	.811		.074	.139	.094	.122	.122	.811	.230	.519	.027	.246
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Condiciones abusivas	Pearson	-.140	.408	1	-.140	-.245	-.667	-.667	-.140	-.076	-.167	.369	-.111
	Correlation Sig. (2-tailed)	.556	.074		.556	.299	.001	.001	.556	.749	.482	.110	.641
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Explotación	Pearson	-.176	-.343	-.140	1	.279	.210	.210	.216	-.096	.140	.183	-.140
	Correlation Sig. (2-tailed)	.457	.139	.556		.234	.374	.374	.361	.686	.556	.440	.556
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Comerciar/Negociar	Pearson	-.015	-.385	-.245	.279	1	.367	.367	.279	-.168	.419	-.032	.454
	Correlation Sig. (2-tailed)	.951	.094	.299	.234		.112	.112	.234	.478	.066	.895	.044
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Intermediación	Pearson	.210	-.357	-.667	.210	.367	1	1.000	.210	.115	.250	-.302	.167
	Correlation Sig. (2-tailed)	.374	.122	.001	.374	.112		.000	.374	.630	.288	.196	.482
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Cesión ilegal	Pearson	.210	-.357	-.667	.210	.367	1.000	1	.210	.115	.250	-.302	.167
	Correlation Sig. (2-tailed)	.374	.122	.001	.374	.112	.000		.374	.630	.288	.196	.482
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Habitualidad	Pearson	-.176	-.057	-.140	.216	.279	.210	.210	1	-.096	.840	-.380	.327
	Correlation Sig. (2-tailed)	.457	.811	.556	.361	.234	.374	.374		.686	.000	.098	.160
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Condena	Pearson	-.096	.281	-.076	-.096	-.168	.115	.115	-.096	1	-.115	.254	-.076
	Correlation Sig. (2-tailed)	.686	.230	.749	.686	.478	.630	.630	.686		.630	.281	.749
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Lucro	Pearson	-.210	-.153	-.167	.140	.419	.250	.250	.840	-.115	1	-.201	.250
	Correlation Sig. (2-tailed)	.374	.519	.482	.556	.066	.288	.288	.000	.630		.395	.288
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Nacionales/extranjeros	Pearson	-.099	.492	.369	.183	-.032	-.302	-.302	-.380	.254	-.201	1	-.302
	Correlation Sig. (2-tailed)	.679	.027	.110	.440	.895	.196	.196	.098	.281	.395		.196
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Dolo	Pearson	-.140	-.272	-.111	-.140	.454	.167	.167	.327	-.076	.250	-.302	1
	Correlation Sig. (2-tailed)	.556	.246	.641	.556	.044	.482	.482	.160	.749	.288	.196	
	N	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20

En la Tabla 8, podemos observar tanto las correlaciones positivas, como las negativas entre las categorías analizadas.

#### 4.1. 2 Matriz de correlaciones significativas

A continuación, presentamos matriz de correlaciones significativas entre las categorías presentes en las sentencias analizadas sobre tráfico ilegal de mano de obra.

**Tabla 9**

*Matriz de correlaciones significativas*

		Correlaciones significativas											
		Coincidencias	Riesgo abstracto	Condiciones abusivas	Explotación	Comerciar/Negociar	Intermediación	Cesión ilegal	Habitualidad	Condena	Lucro	Nacionales/extranjeros	Dolo
Coincidencias	Pearson Correlation	1											
	Sig. (2-tailed)												
	N												
Riesgo abstracto	Pearson Correlation		1										
	Sig. (2-tailed)												
	N												
Condiciones abusivas	Pearson Correlation			1									
	Sig. (2-tailed)												
	N												
Explotación	Pearson Correlation				1								
	Sig. (2-tailed)												
	N												
Comerciar/Negociar	Pearson Correlation					1							
	Sig. (2-tailed)												
	N												
Intermediación	Pearson Correlation			-,667**			1						
	Sig. (2-tailed)			0,001									
	N			20									
Cesión ilegal	Pearson Correlation			-,667**			1,000**	1					
	Sig. (2-tailed)			0,001			0						
	N			20			20						
Habitualidad	Pearson Correlation								1				
	Sig. (2-tailed)												
	N												
Condena	Pearson Correlation									1			
	Sig. (2-tailed)												
	N												
Lucro	Pearson Correlation								,840**		1		
	Sig. (2-tailed)								0				
	N								20				
Nacionales/extranjeros	Pearson Correlation		,492*									1	
	Sig. (2-tailed)		0,027										
	N		20										
Dolo	Pearson Correlation					,454*							1
	Sig. (2-tailed)					0,044							
	N					20							

\*. Correlación significativa a nivel de confianza 0.05 (2-colas). El 95% estaría explicado por la correlación y menos del 5% de la coincidencia correspondería al azar.  
 \*\*. Correlación significativa a nivel de confianza 0.01 (2-colas). El 99% estaría explicado por la correlación y menos del 1% de la coincidencia correspondería al azar.

En la tabla 9, recogemos tanto el tipo de correlación, positiva o negativa, como la correspondencia entre las mismas, lo que muestra que su presencia en las sentencias no es producto del azar, sino que es un dato relevante a tener en cuenta y plantearnos.

**Tabla 10**

*Correlaciones significativas, negativas y positivas, entre las categorías*

		SIGNIFICADO DE LOS DATOS
-,667**	INTERMEDIACIÓN / CONDICIONES ABUSIVAS	Correlación negativa media/alta (-0,667). A mayor referencia a intermediación, menor referencia a condiciones abusivas.
0,001		
20		
-,667**	CESIÓN ILEGAL / CONDICIONES ABUSIVAS	Correlación negativa media/alta (-0,667). A mayor referencia a cesión ilegal, menor referencia a condiciones abusivas.
0,001		
20		
1,000**	CESIÓN ILEGAL / INTERMEDIACIÓN	Correlación perfecta (1). En el 100x100 de los casos de cesión ilegal hay intermediación.
0		
20		
,492*	NACIONALES- EXTRANJEROS / RIESGO ABSTRACTO	Correlación media (0,492). A mayor referencia a nacionales-extranjeros, mayor riesgo abstracto aproximadamente en la mitad de los casos.
0,027		
20		
,454*	DOLO / COMERCIAR- NEGOCIAR	Correlación media (0,454). A mayor referencia a dolo, mayor referencia a comerciar-negociar aproximadamente en la mitad de los casos.
0,044		
20		

,840**	LUCRO / HABITUALIDAD	Correlación muy alta (0,840). A mayor referencia a lucro, mayor referencia a habitualidad, casi en la totalidad de los casos.
0		
20		

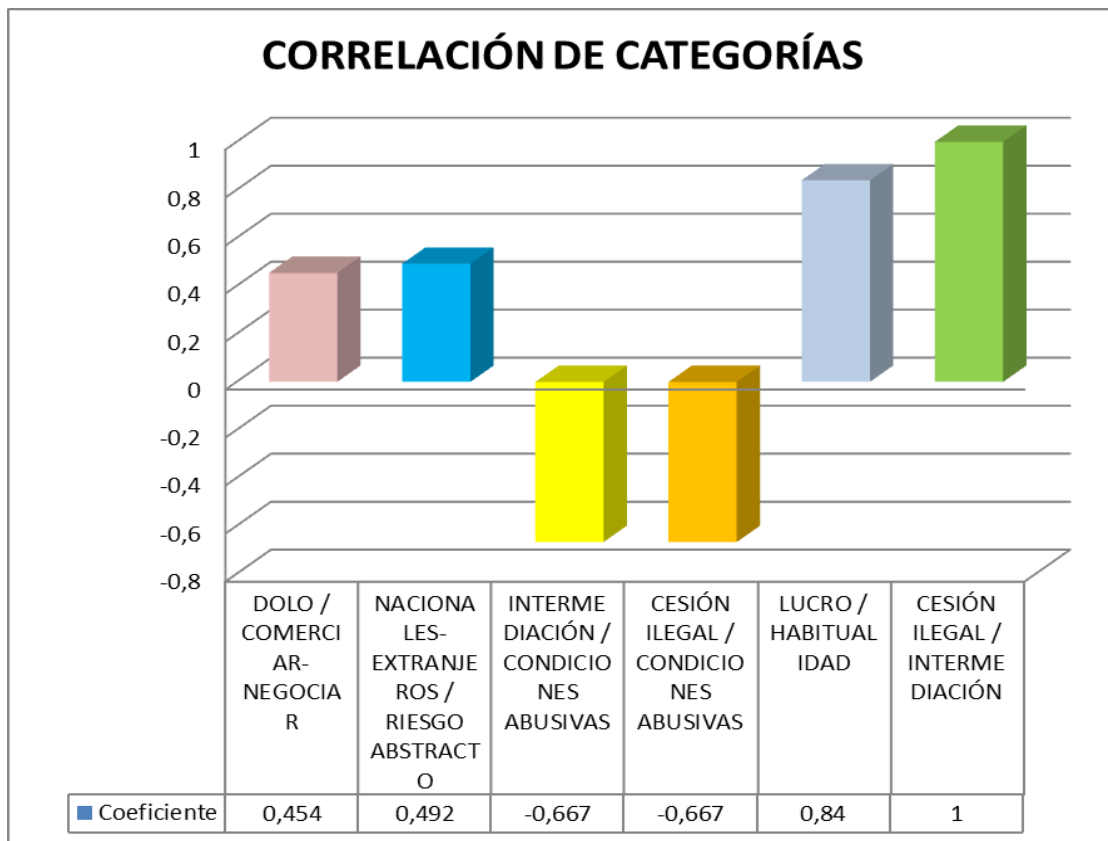


Figura 10. Correlación entre categorías

El nivel de correlación directa (positiva) o inversa (negativa) entre las categorías analizadas significa que se hace referencia o no en las sentencias. No quiere decir que no se den estos hechos (por ejemplo, condiciones abusivas) sino que no se contemplan en algunas de las sentencias.

En una correlación inversa de -0,667, lo que expresa este dato es que en el 66,7% de los casos se da esta correlación negativa, es decir, si se habla de “intermediación” no se hace referencia a “condiciones abusivas”, y viceversa.

## 4.2. Análisis de los resultados cualitativos: entrevistas

En la Figura 11 se representa la red semántica del concepto de tráfico ilegal de mano de obra, en ella que podemos destacar que la gran mayoría de entrevistados alega el artículo 312 del Código Penal, el cual lo tipifica con las siguientes condiciones: reclutar personas para abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo con unas condiciones engañosas o falsas; emplear personas extranjeras sin permiso de trabajo con la consiguiente supresión de sus derechos.

Por otra parte, uno de los entrevistados señala que el tráfico ilegal de mano de obra forma parte de la explotación laboral, pero que esta relación no tiene por qué darse a la inversa. Mientras que otros mencionan la cesión ilegal de mano de obra y, en su mayoría, describen el concepto de tráfico ilegal de mano de obra como: “emplear al margen de los mecanismos legales”.

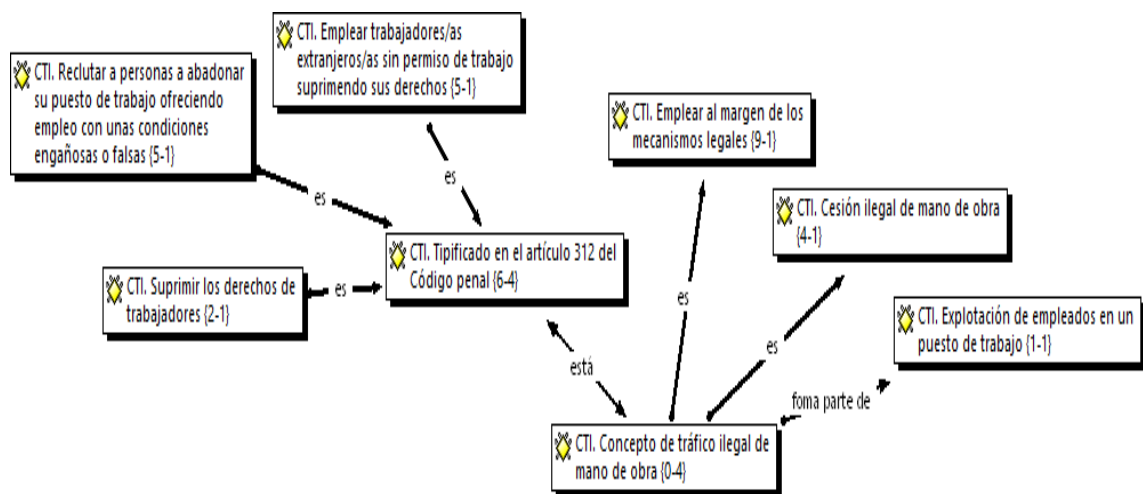


Figura 11. Red semántica del concepto de tráfico ilegal de mano de obra

En la red semántica de la Figura 11 aparecen representados los requisitos, en atención a las respuestas de las personas entrevistadas, que deben darse para que pueda considerarse tráfico ilegal de mano de obra. Por un lado, uno de los requisitos que señalan los entrevistados es el de ejercer actividades de intermediación sin reunir los requisitos establecidos por la ley de Empleo u exigir a los trabajadores una contraprestación por los servicios dados.

*“Ejercer actividades de intermediación laboral, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado, con carácter previo a la actuación como agencia de colocación, una declaración responsable, de reunir los requisitos establecidos en la ley de Empleo, o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados”* (P 5: TRANSCRIPCIÓN 2. ENTREVISTA .rtf – 5:9)

Esto conlleva una infracción administrativa en los términos prohibidos por la legislación vigente. En la misma línea, otro de los requisitos es el de incumplir el art. 1 de la Ley 14/1994 de las ETT. Como posteriormente analizaremos, estos preceptos legales vulnerados serían el art. 5. c) RDAC y los arts. 7.1.b) y el 33.2.4 LEmp.

Varios de los requisitos a destacar son: que exista habitualidad, que el sujeto se mueva por el ánimo de lucro, que se produzca un atentado contra los derechos de las personas trabajadoras, el reclutamiento de las mismas ofreciendo condiciones engañosas o falsas, aprovechamiento de la situación precaria de quienes trabajan, etc.

En este sentido, los entrevistados señalan que es la jurisprudencia penal la que fija los criterios para entender el delito cometido, precisando los órganos judiciales que deben concurrir unas condiciones más gravosas que las que tiene las personas con contrato laboral y alta en la SS:

*“Las autoridades judiciales y fiscales consideran que tiene que haber un plus, en cuanto a las condiciones, es decir, que sean notablemente más gravosas de las que tiene un trabajador que cuenta con contrato y alta en la Seguridad Social”.* (P 6: TRANSCRIPCIÓN .3. ENTREVISTA.rtf – 6:10).

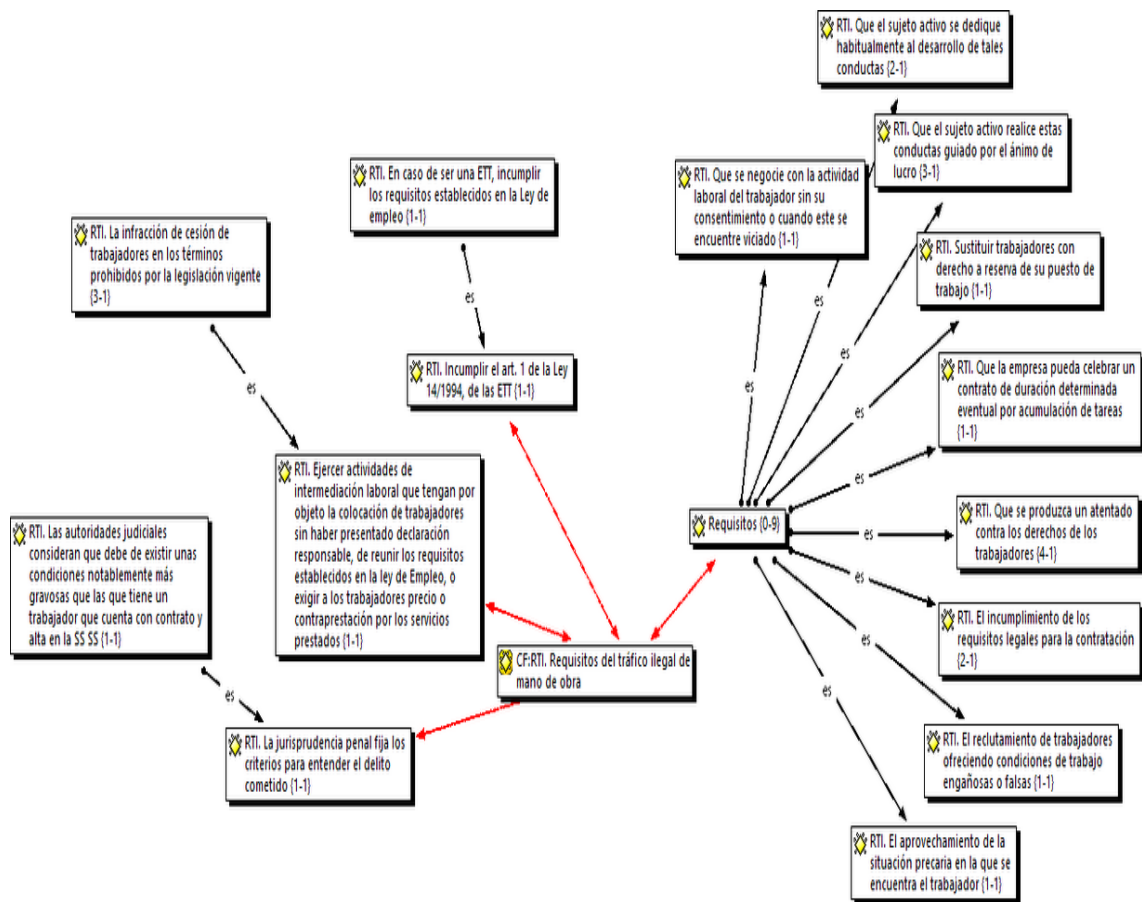


Figura 12. Red semántica sobre los requisitos del tráfico ilegal de mano de obra

En la Figura 12 se plasma la red semántica del tipo penal que castiga la intermediación laboral irregular y la cesión ilegal de mano de obra. En esta categoría se distinguen dos ramificaciones principales, centrándonos en la intermediación laboral. Por un lado, los entrevistados destacan la sanción administrativa, la cual se da en la mediación laboral irregular y, cuando esta implica a un tercero que suplanta la actuación correspondiente a los servicios públicos de empleo o a las agencias de colocación que son tuteladas por los servicios públicos de empleo:

*“Entiendo que ello obedece a que el legislador penal valora que la figura de la intermediación laboral irregular puede implicar la intervención de un tercero,*

que no es propiamente el empresario que busca trabajadores ni la persona que busca empleo y que el ejercicio de esa actividad de intermediación laboral en el Derecho español solo pueden ejercerla de forma legal los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación que son tuteladas por los servicios públicos de empleo”. (P 4: TRANSCRIPCIÓN 11.ENTREVISTA.rtf – 4:17).

Para que proceda la sanción penal por estas actuaciones debe observarse algunas de las conductas descritas en los arts. 312 y 313 del Código Penal: concurrencia de alguna de las tipicidades de la trata ilegal de personas para su explotación laboral, o si se concurre habitualidad, ánimo de lucro, etc.

Los entrevistados también señalan otros supuestos que se dan en la intermediación laboral irregular, como la falsedad documental, la falsa identidad de quienes trabajan por el poco control y la estafa a la Seguridad Social por la venta de contratos falsos a intermediarios.

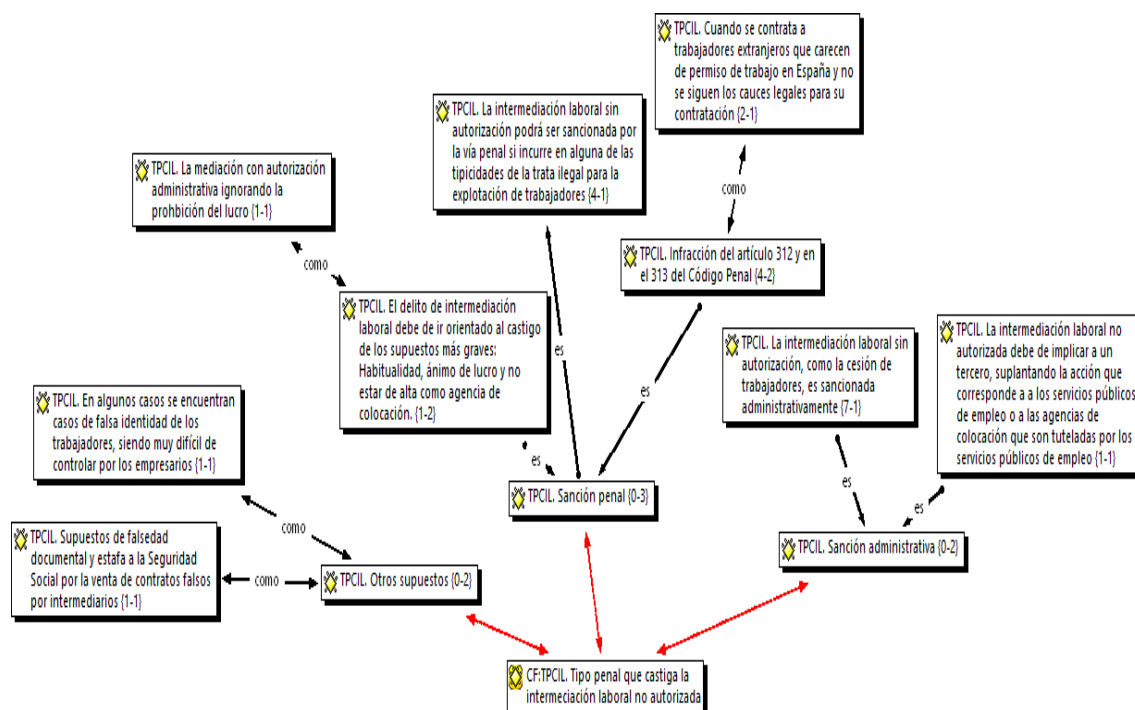


Figura 13. Red semántica: tipo penal que castiga la intermediación laboral irregular



En relación con la categoría anterior, la Figura 5 plasma cuando los entrevistados consideran que hay que perseguir la intermediación laboral irregular y la cesión ilegal de mano de obra por la vía penal. En estos casos deben darse unas condiciones de especial gravedad y trascendencia como puede ser: el elemento añadido del ánimo de lucro, cuando se realice desde organizaciones delictivas dedicadas a estos fines, cuando existe la habitualidad y:

*Cuando a los hechos se le añade el peligro de acceso al trabajo (P 2: TRANSCRIPCIÓN 1.ENTREVISTA.rtf – 2:27).*

En esta línea, uno de los entrevistados señala que se debe de perseguir por la vía penal cuando esa intermediación laboral irregular y la cesión ilegal conlleva una explotación laboral. O como remarcan otros entrevistados, cuando se observan los requisitos que se contemplan en los artículos 312 o 313 del Código Penal.

En la Figura 6 se representan, en atención a las respuestas, las condiciones que han de darse para que la intermediación laboral irregular y la cesión ilegal de mano de obra pueda considerarse tráfico ilegal de mano de obra. Los entrevistados señalan que son actividades ilícitas prohibidas por el Estatuto de los Trabajadores que han de ser sancionadas penalmente cuando se añade el peligro de acceso al trabajo. Debemos destacar que el concepto de “acceso al trabajo” no es un concepto jurídico sino un termino utilizado por alguno de los entrevistados por lo que no lo analizamos en la presente investigación, ni lo tenemos en cuenta para los objetivos de la tesis doctoral. Este concepto debería ser desarrollado y aclarado mediante entrevistas posteriores que se distanciarían de nuestro objetivo principal así como de la investigación jurídica.

En la misma línea de lo que las otras categorías han establecido, se convierten en delito cuando se persigue ánimo de lucro y existe habitualidad; cuando existe cualquier tipo de explotación laboral, cuando se vulneran los derechos de las personas trabajadoras, cuando se realiza desde organizaciones delictivas o también:

“Sería al final una colocación vulnerando los mecanismos legales reflejada en el tipo penal del 312”. (P 2: TRANSCRIPCIÓN 1.ENTREVISTA.rtf – 2:32).

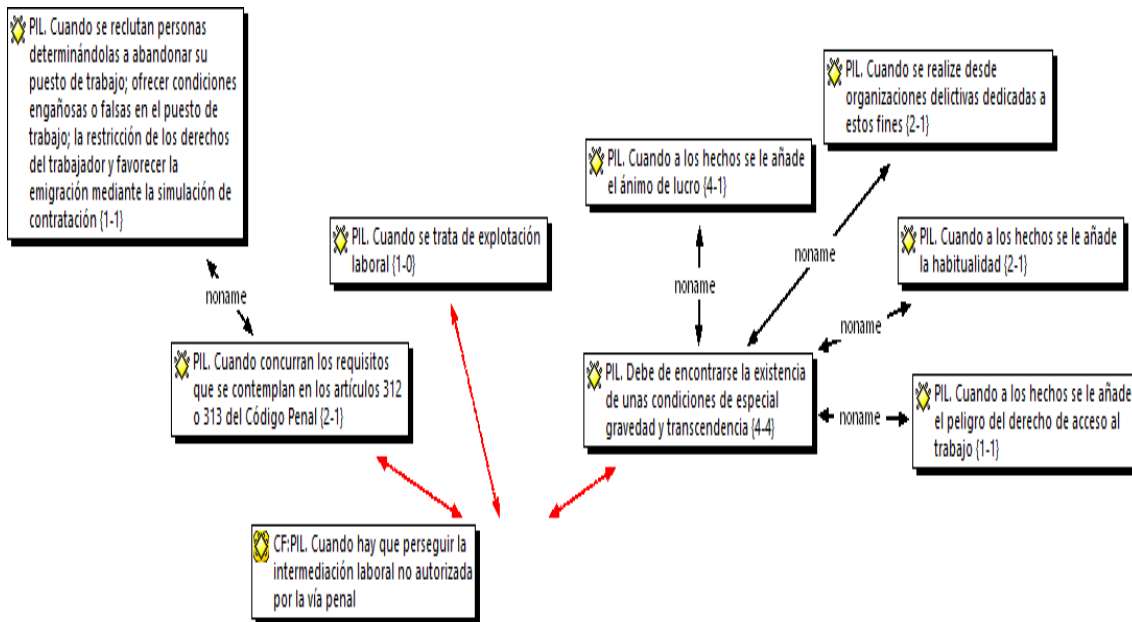


Figura 14. Red semántica. Cuando se persigue por la vía penal la intermediación laboral irregular

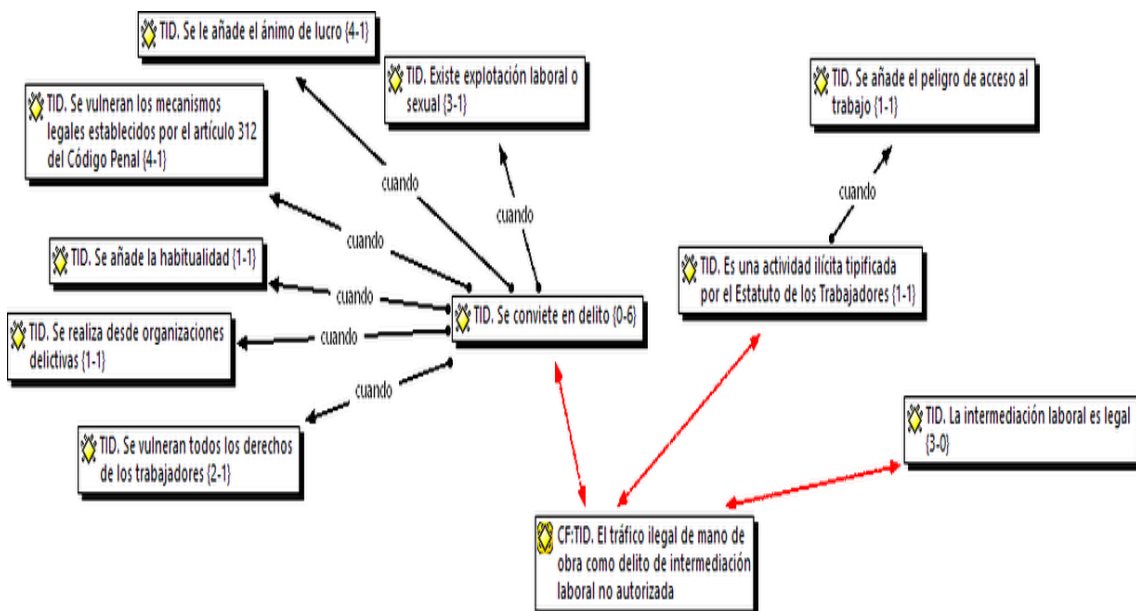


Figura 15. Red semántica “El tráfico ilegal de mano de obra como delito de intermediación laboral irregular”

La red semántica de la Figura 7 establece los requisitos que se han de apreciar en el tráfico ilegal de mano de obra para diferenciarlo de la infracción administrativo-laboral de intermediación en el mercado de trabajo o cesión ilegal de mano de obra. Para ello se debe tener en cuenta de que existe un régimen sancionador específico por vía administrativa (arts. 8.2, 16.1 a), 16.2.b) 18.2.e) y 18.3.e) LISOS) cuando el gasto de un servicio que se considera gratuito repercute en los trabajadores o cuando se realiza la intermediación laboral al margen de los mecanismos establecidos para ello:

*“Las actividades de intermediación laboral han de ser fiscalizadas, por el carácter de servicio público que las caracteriza, por tanto, cualquier intermediación laboral al margen del registro público de la agencia o ETT que la desempeñe pudiera ser un indicio claro de que podríamos estar frente al tipo penal descrito”. (P 5: TRANSCRIPCIÓN 2.ENTREVISTA.rtf – 5:28).*

Como se observa, en ocasiones es difícil distinguir la intermediación de la cesión. Principalmente cuando las ETT actúan como agencias de colocación, como analizaremos en la presente tesis doctoral.

Teniendo en cuenta todo esto, quienes han participado en la entrevista establecen una serie de requisitos que han de darse para que se aprecie la concurrencia de delito: cuando se emplee a personas extranjeras sin permiso de trabajo restringiendo sus derechos; cuando exista habitualidad y ánimo de lucro, cuando se da la denuncia por parte de un gran número de personas empleadas, cuando se llevan a cabo tareas que atentan contra los derechos de los trabajadores, cuando se impone la prostitución, cuando concurren coacciones, etc. No obstante, estos requisitos serán analizados en los distintos capítulos de la investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe señalar que es la casuística y la interpretación que, en cada caso, realicen los órganos judiciales la que fijará la línea divisoria entre la infracción administrativa y el delito:



En la Figura 17 se describe el concepto de seguridad laboral. Aquí los entrevistados han realizado dos distinciones, por un lado, todo lo que el concepto tiene que ver como conjunto de técnicas y procedimientos que tienen por objetivo minimizar los riesgos que puedan llevar a accidentes laborales; y, por otro lado, todo aquello que se ha de dar para que las personas trabajadoras gocen de una situación laboral digna, estable y en condiciones adecuadas, como su protección por parte de las empresas, tener un trabajo en el que se respeten las condiciones laborales previstas en la normativa aplicable, trabajar sin que se produzca explotación, gozar de un trabajo sin temporalidad excesiva ni precariedad.

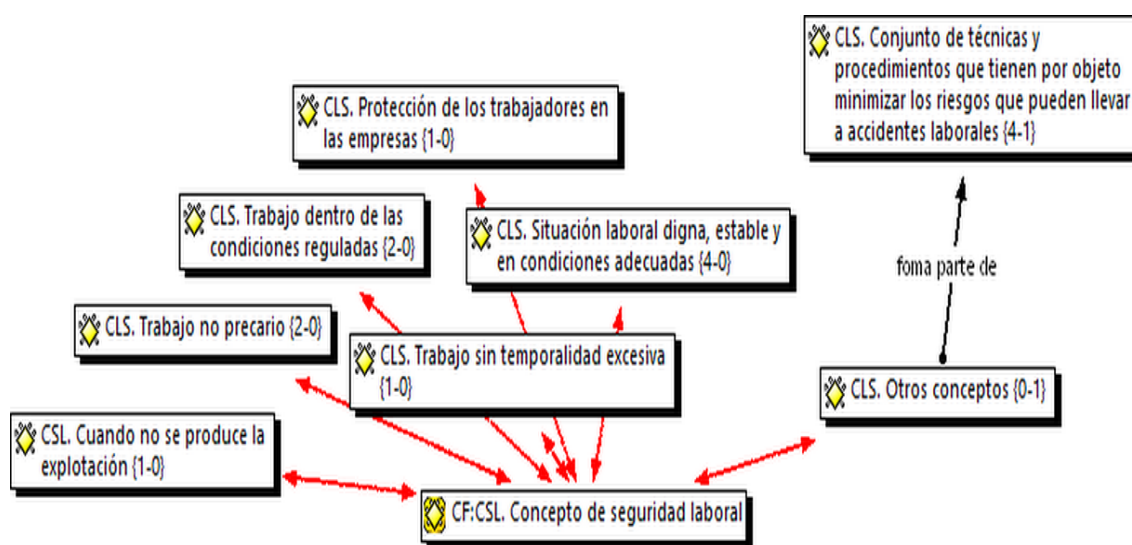


Figura 17. Red semántica "Concepto de seguridad laboral"

De la misma manera, en la Figura 18 se muestra la red semántica nacida de la descripción del concepto de estabilidad social. Aquí los entrevistados señalan que en el contexto de la entrevista se trata de un término polisémico. Por un lado, describen el concepto de estabilidad social en general como el estado de tranquilidad y seguridad en el que se encuentra una sociedad, o como un concepto amplio que afecta a la sociedad abarcando empleo, educación, salud, vivienda, convivencia pacífica, cambio social:

“Sería aquella que incluiría la seguridad laboral y otros aspectos relacionados con la jerarquía de las necesidades humanas, que estableció Maslow. Así, podríamos hablar de estabilidad social cuando, entre otras, tuviéramos seguridad laboral, reconocimiento, etc.” (P 5: TRANSCRIPCIÓN 2.ENTREVISTA.rtf – 62:62).

Por otro lado, el concepto de estabilidad social visto desde el prisma de lo laboral puede referirse a la consecución de un empleo que genere una vida digna a las personas y es uno de los aspectos más importantes para garantizar la estabilidad del mercado laboral.

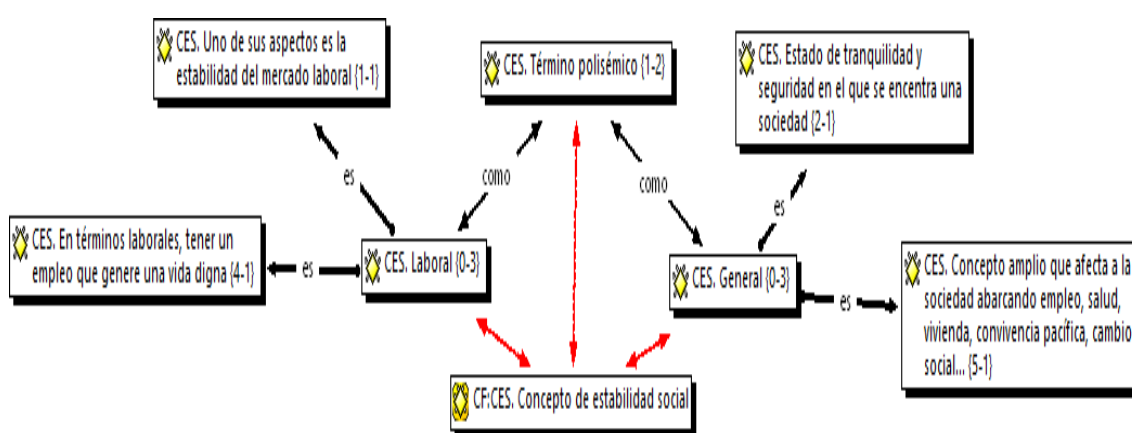


Figura 18. Red semántica “Concepto de estabilidad social”

Para finalizar, la red semántica expuesta en la Figura 19 representa la relación existente entre los conceptos de seguridad laboral y estabilidad social. En este aspecto, los entrevistados, en su mayoría, señalan que la relación principal entre ellos es que la seguridad laboral es un elemento necesario para que se genere la estabilidad social en una sociedad. De esta manera, las infracciones en el ámbito laboral atentan contra la seguridad laboral y, a su vez, contra la estabilidad social.

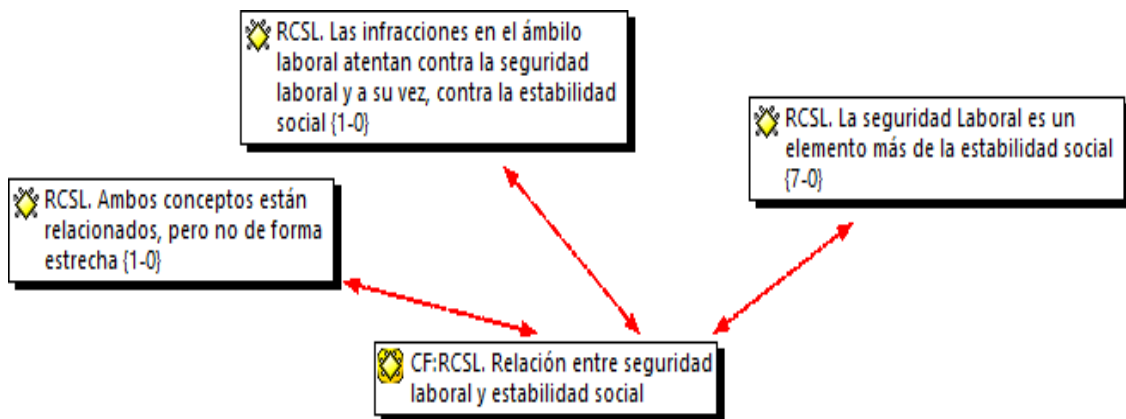


Figura 19. Red semántica "Relación entre seguridad laboral y estabilidad social"

Estos datos son importantes para poder fundamentar la necesidad de protección efectiva, laboral y penal, para mantener el Estado de Bienestar del que hemos hablado en la introducción y la importancia de este para el desarrollo social y económico.





## CAPÍTULO II: LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

Como se ha adelantado, en las últimas décadas, se han producido en el mercado laboral importantes reformas como consecuencia de la situación nacional e internacional de la economía. Reformas que han sido promovidas, entre otros ámbitos, desde organizaciones internacionales como la OIT (Convenio 96 y 181) y la UE (TFUE).

Debemos contextualizar el siguiente capítulo, para diferenciar la intermediación laboral de la cesión de mano de obra<sup>172</sup>. Ciertamente, como ha manifestado la doctrina científica iuslaboralista, “es preferible y más coherente jurídicamente mantener la vigente diferenciación entre contrata del artículo 42 ET, cesión temporal lícita de trabajadores a cargo de ETT debidamente autorizadas y constituidas como tales, y cesión ilegal de mano de obra del artículo 43 ET, como figuras merecedoras de una regulación propia e independiente, reforzando los indicios de cesión ilegal recogidos en el artículo 43.2 ET”<sup>173</sup>, partiendo del desaparecido art. 16 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo,

---

<sup>172</sup> La doctrina italiana ha manifestado que “se pur la logica sottesa pare simili, una cosa è il divieto di mediazione privata fra domanda ed offerta di lavoro ed un'altra è il divieto di intermediazione, interposizione ed appalto di manodopera. Nel primo caso la fattispecie esclusa, al meno fino all'emanazione del D. Lgs. N. 496/1997 (cap. III), è quella di un'attività privata di raccolta, selezione, messa a contatto delle richieste dei datori e delle disponibilità dei lavoratori, che arrivano fino alle soglie dei contratti poi eventualmente conclusi ed eseguiti fra i diretti interessati. Nel secondo, invece, la fattispecie repressa è quella di una presenza fittizia, che continua o comincia al di là di tale soglia, in quanto non si limita a porre in contatto gli aspirante datori e lavoratori, ma assume formalmente i lavoratori per farli operare alle reali dipendenze altrui”, (“Si bien la lógica subyacente parece similar, una cosa es la prohibición de mediación privada entre la oferta y la demanda de trabajo y otra es la prohibición de intermediación, interposición y contratación de mano de obra. En el primer caso, el supuesto excluido, al menos hasta la emisión del D. Lgs. N. 496/1997 (cap. III), es la de una actividad privada de recogida, selección, puesta en contacto de las solicitudes de los empresarios y de las disponibilidades de los trabajadores, que lleguen hasta el límite de los contratos eventualmente celebrados y ejecutados entre los interesados directos. En el segundo, por el contrario, el caso reprimido es el de una presencia ficticia, que continúa o comienza más allá de este umbral, en la medida en que no se limita a poner en contacto a los aspirantes empresarios y trabajadores, pero asume formalmente a los trabajadores para que trabajen bajo las verdaderas dependencias de los demás”, traducción propia) en CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T., *Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, 5ª ed., UTET, Torino, 2003.

<sup>173</sup> CAVAS MARTINEZ, F., *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019, p. 155.

del Estatuto de los Trabajadores<sup>174</sup>, que se rubricó con la denominación de “ingreso al trabajo”.

En el art. 1º de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación<sup>175</sup> (y antes de ésta, al art. 1º del RDL 18/1993, de 3 de diciembre que junto con las Leyes 11/1994 y 14/1994), se materializó la reforma laboral de 1994 que permitió las agencias de colocación sin fines lucrativos (art. 1.2 Ley 10/1994). Como analizaremos a lo largo del presente capítulo, mediante esta reforma se modificó intensa y profundamente el papel que tradicionalmente habían desempeñado los servicios públicos de colocación como intermediarios en las contrataciones laborales. Como ha apuntado la doctrina<sup>176</sup>, la reforma de 1994 supuso la permisión de la contratación directa por el empresario; la supresión del monopolio público de colocación que hasta ese momento mantenía el INEM en su doble sentido, orgánico y funcional; y la legalización de

---

<sup>174</sup> Artículo 16 ET 1980. Ingreso al trabajo.

“Uno. Los empresarios están obligados a solicitar de las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesiten, así como a comunicar la terminación de los contratos de trabajo de los que fueran parte. No obstante, podrán contratar directamente cuando no existiese Oficina de Empleo en la localidad, o no se les facilite por la Oficina, en el plazo de tres días, los trabajadores solicitados o no contratasen a los que la Oficina les haya facilitado, comunicando en todos estos casos la contratación a la Oficina de Empleo correspondiente.

Dos. Se prohíbe la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo. Las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores deberán hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta”.

<sup>175</sup> Artículo 1. Ingreso al trabajo.

“1. Los empresarios están obligados a registrar en la Oficina Pública de Empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, los contratos que deban celebrarse por escrito o a comunicar, en igual plazo, las contrataciones efectuadas, aunque no exista obligación legal de formalizarlas por escrito.

2. Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El Servicio Público de Empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado”.

<sup>176</sup> CAVAS MARTINEZ, F., “El convenio núm. 181 de la OIT (RCL 1999, 2343) sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº.7, 2000, p. 106.

las agencias de colocación (en el ET de 1980 estaban prohibidas), siempre que no persiguiesen fines lucrativos, exigencia que, como veremos, finalmente ha desaparecido<sup>177</sup>.

Nuestro ordenamiento laboral, históricamente, ha protegido la colocación de personas trabajadoras, y se ha mostrado contrario a la cesión de mano de obra oponiéndose al prestamismo laboral, al considerar que este supone una grave lesión a los derechos de las personas trabajadoras. Además, como veremos, la cesión ilegal de mano de obra estaba perseguida, de forma explícita, en el CP de 1973.

Ya en 1952 el Decreto-Ley de 15 de febrero<sup>178</sup> contenía -como se menciona en el Preámbulo del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecían normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores<sup>179</sup>-, “normas para evitar que, a través de cesiones de personal, pudieran ser vulnerados los beneficios sociales de los trabajadores, al propio tiempo que trataba de impedir que mediante dichas cesiones renacieran las oficinas privadas de colocación, prohibidas por la Ley de diez de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, y facultó además al Ministerio de Trabajo para establecer en la esfera de su competencia las disposiciones de desarrollo y ejecución”. En este sentido, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, estableció, en su art. 19.1, que “incurrirán en las responsabilidades y sanciones establecidas en este artículo, sin perjuicio de las que se fijan en el Decreto previsto en el artículo treinta y tres, dos, de esta Ley y las que, en su caso, sean exigibles en el orden penal: a) Las personas naturales o jurídicas que recluten o contraten trabajadores y los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las empresas, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico; y, b) Los empresarios que utilicen los servicios de los trabajadores considerados en el apartado anterior sin incorporarlos a su empresa”. Asimismo,

---

<sup>177</sup> En este sentido, véase MARTÍN VALVERDE, A., “La supresión del monopolio público de colocación”, cit. p. 60.

<sup>178</sup> Texto completo: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1952-10006500069](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1952-10006500069)

<sup>179</sup> Texto completo: <https://www.boe.es/boe/dias/1971/01/04/pdfs/A00072-00072.pdf>

el ET 1980, en su art. 43.1, establecía la prohibición de reclutar y contratar mano de obra para prestarla o cederla temporalmente a otra empresa cualquiera que fuese el título de dicho “tráfico de mano de obra”, así como la utilización de los servicios de esas personas, sin incorporarlos a la empresa como personal propio. Es la reforma laboral de 1994 la que modifica el art. 43 ET, permitiendo la cesión de mano de obra siempre que se llevase a cabo a través de ETT.

Como observamos, se trata de dos acciones distintas; por un lado, la intermediación que supone conectar oferta de trabajo con demanda y, por otro lado, la puesta a disposición de mano de obra. En la primera, las personas trabajadoras no tienen relación laboral con la empresa intermediadora, mientras que, en la segunda, las empresas cuya actividad consiste en la puesta a disposición de mano de obra, las personas trabajadoras sí tienen relación laboral con la cedente.

Como veremos, el poder legislativo, en un primer momento, fue reticente a toda clase de agencias privadas de colocación, prohibidas expresamente desde la Ley de Colocación Obrera de 10 de febrero de 1943, que estableció las bases de un servicio de colocación “público, nacional y gratuito”. Estas notas (estatalidad, carácter público y gratuidad) son con las que la Ley Básica de Empleo de 1980 (LBE) caracterizó la actividad de mediación en la contratación laboral. Tras la reforma de 1994, la actividad de colocación siguió siendo de interés público, pero inició un camino que ha terminado con la liberalización del sector y una considerable dejación de funciones en cuanto al control y adecuado funcionamiento de la actividad intermediadora, ya que la acción pública interventora ha ido rebajando paulatinamente su intensidad. El modelo estatalizado de intermediación laboral comenzó su desmantelamiento con la reforma de 1994, reforma inspirada en los principios y objetivos marcados por la normativa de la OIT. El Convenio núm. 88 sobre Servicio de Empleo (1948), ratificado por España en 1960, en su art. 1º obliga a quienes lo ratifiquen «a mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo». En 1971, España ratifica el Convenio núm. 96 OIT, sobre agencias retribuidas de colocación, que, en su Parte II, contempla la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos.

Finalmente, este proceso desemboca en la ratificación por parte de España del Convenio nº 181 sobre agencias de empleo privadas, que buscaba, como ha apuntado la doctrina<sup>180</sup>, una doble finalidad: por una parte, establecer las bases para el adecuado funcionamiento de las agencias de empleo privadas y, por otra parte, garantizar la protección de las personas trabajadoras que se valgan de sus servicios.

En el presente Capítulo, analizaremos la intermediación laboral en España como un fenómeno que, aunque puede estar vinculado en su origen con la puesta a disposición de mano de obra, se trata de figuras jurídicas claramente diferenciadas. La cesión de mano de obra se estudia en el Capítulo III.

## **I. EL PAULATINO PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO LABORAL ESPAÑOL Y LA INDEMNIDAD DE LA RELACIÓN LABORAL**

### **1. EL NACIMIENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO: ANTECEDENTES REMOTOS**

El siglo XIX, en España, fue una etapa convulsa con diversos conflictos internos y externos. De todos ellos, destacaremos el que tuvo lugar a finales de dicho siglo, por su ulterior impacto jurídico y social; se trata de los sucesos de Saida, Argelia, de 1881.

La población de Saida había sido conquistada para la corona española por el Cardenal Cisneros, en el siglo XVI<sup>181</sup>. Por ello, era habitual que desde los puertos de Almería, Cartagena y Alicante partieran barcos con destino a Orán. Sin embargo, en el momento de los hechos, Argelia se encontraba bajo control

---

<sup>180</sup> CAVAS MARTINEZ, F., "El convenio núm. 181 de la OIT (RCL 1999, 2343) sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación", cit., p. 110.

<sup>181</sup> Fue ocupada en dos momentos distintos. La primera ocupación se llevó a cabo el 17 de mayo de 1505, finalizando en 1709. La segunda vez que estos territorios fueron anexionados a la Corona de España fue el 29 de junio de 1732, ocupación que se prolongaría hasta 1790. Véase, VILAR RAMIREZ, J. B., "Los españoles en la Argelia Francesa (1830-1914)", *Papeles de geografía*, nº. 15, 1989, pp. 113-116.

francés. A partir de 1830, se intensificó la falta de trabajo en España, lo que provocó una emigración estacional, en otoño y primavera, con destino a Argelia para trabajar en el esparto<sup>182</sup>. Uno de los oferentes de empleo era, en aquel momento, la Compañía Franco-argelina, que prometió a los trabajadores y sus familias unas condiciones que, al llegar al destino, no se correspondían con las pactadas. Los representantes de la Compañía reclutaron mano de obra en el sudeste español, principalmente en Alicante, Murcia y Almería, con la promesa de un salario, pasaje gratis para los trabajadores y sus familias, etc. Sin embargo, estos, al llegar a Argelia, comprobaron que esas promesas no se hicieron realidad pues se les obligó a pagar el pasaje; además, tenían que comprar los alimentos y todo aquello que les hiciese falta en la tienda de la Compañía. Su salario era de entre 6 y 7 francos al día, quedando aislados en los campos de trabajo que se situaban entre 15 y 40 km de distancia de la población de Saida. La población, rodeada de espartizales, se encontraba al lado del desierto.

En abril de 1881 se produjeron en Túnez una serie de revueltas en contra del dominio francés, que fueron sofocadas por el ejército galo, acabando con la independencia de Túnez<sup>183</sup>. Fue entonces cuando Muhammad el Arbi, conocido como Bou-Amama (“el hombre del turbante”), aprovechó para seguir los pasos de los tunecinos. Captó adeptos en su lucha contra el imperio francés y a favor de la *guerra santa* para expulsar a los franceses de Argelia. El 22 de abril se iniciaron las revueltas que provocaron el retroceso de las tropas francesas, quedando, entre otras poblaciones, Saida en manos del morabito. Como anteriormente apuntábamos, estas tierras, bajo el dominio de Francia, eran habitadas principalmente por jornaleros almerienses, murcianos y alicantinos, así como por sus familias. El 11 de junio de 1881, tras varios atentados, fueron

---

<sup>182</sup> Entre los sucesos que intensificaron los movimientos migratorios desde el Puerto de Cartagena fue la importante emigración provocada en 1874 tras la caída del Cantón de Cartagena; momento en el que familias republicanas y cantonales huyeron desde esta ciudad. Algunos autores han mencionado que en torno a 1.600 personas se exiliaron, compartiendo destino con los emigrantes asentados en Argelia. Véase, MONTES BERNÁRDEZ, R., “La matanza de almerienses, murcianos y alicantinos en Khalfalah (Saida, Argelia), en 1881”. *Murgetana*, 2011, nº. 124, pp. 119-132.

<sup>183</sup> Véase NOUSCHI, A., C. R. AGERON, *Les Algériens musulmans et la France (1871-1919)*, vol. I, In: *Annales. Economies, sociétés, civilisations*. 30<sup>e</sup> année, nº. 4, 1975, pp. 868-876; puede verse en, [https://www.persee.fr/doc/ahess\\_0395-2649\\_1975\\_num\\_30\\_4\\_293647\\_t1\\_0868\\_0000\\_001](https://www.persee.fr/doc/ahess_0395-2649_1975_num_30_4_293647_t1_0868_0000_001)

asesinados 190 inmigrantes españoles, produciéndose violaciones, incendios, etc., y llegándose a retener a 600 rehenes.

Aquellos hechos provocaron la intervención del Gobierno de España para la repatriación de los jornaleros españoles y sus familias<sup>184</sup>. Como resultado de todo ello, se aprobó el Real Decreto de 6 de mayo de 1882, por el que se creó una Sección en el Ministerio de Fomento, Dirección de Agricultura, Industria y Comercio, encargada de ocuparse de todo aquello referente a cuestiones de emigración e inmigración (art. 1)<sup>185</sup>. Dicha norma se publicó el 10 de mayo de 1882 en la Gaceta de Madrid nº 130<sup>186</sup>.

En la exposición de motivos del citado Real Decreto de 1882, se intenta dar respuesta al problema migratorio originado por la falta de trabajo en unas provincias, al tiempo que en otras hay exceso de oferta de empleo; señala la norma que dicho fenómeno –la marcha al extranjero de los “brazos útiles”<sup>187</sup>, en busca de mejores condiciones de vida y trabajo- perjudica los intereses del Estado, el interés general y el bien común. A la vista de lo anterior, el Estado consideró que se debían buscar soluciones para evitar que los trabajadores y sus familias buscasen fuera de España trabajo, cuando podían encontrarlo dentro del territorio del Estado. El problema que se dibujaba era, como en la actualidad, de gestión inadecuada de los recursos materiales y personales del país.

---

<sup>184</sup> A los más necesitados, el Gobierno les concedió una ayuda económica, gracias a la cual, se ha podido saber con cierta precisión el número de personas afectadas por aquellos trágicos sucesos. Como se ha señalado, la citada desprotección institucional, provoca situaciones que pueden dar lugar, a posibles riesgos al no ejercer el Estado la posición de garante. Aunque posteriormente, éste trate de resarcir el daño económicamente. Para evitar estas situaciones “el progreso, lejos de consistir en cambio, depende de la retentividad (...) y cuando la experiencia no se retiene, como entre los salvajes, la infancia es perpetua. Los que no pueden recordar el pasado están condenados a repetirlo”, ayudándose a todos los afectados, solo a los más necesitados, categorizado así a los afectados. Véase: SANTAYANA, G., *La vida de la razón o fases del progreso humano*, traducción de DE KOGAN, A. A., Tecnos, Barcelona. 2005; ROMAGNOLI, U., *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 7.

<sup>185</sup> Procede advertir que la norma no precisa qué entiende por “todo aquello referente a cuestiones de emigración e inmigración”; por otra parte, la norma habla en unas ocasiones de “Sección” de migraciones y otras de “Centro”.

<sup>186</sup> <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1882/130/A00417-00418.pdf>, consultada el 29 de abril de 2017.

<sup>187</sup> Término que utiliza el texto legal para referirse a la mano de obra.

Se intentó dar respuesta a la falta de una adecuada conexión entre la oferta y la demanda de empleo por la existencia de una normativa ineficaz e ineficiente. No debe perderse de vista la circunstancia de que la problemática sufrida, en el siglo XIX, en las provincias de Alicante, Almería y Murcia es análoga a la que se vivió en los años 80 del siglo XX y a la que se suscita en la actualidad. Carecer de un medio de vida con el que obtener recursos para poder vivir supone abocar a las personas en esa situación a buscar mejoras vitales en otros lugares. Esta situación de falta de recursos intensifica la desigualdad social y aboca a quien la sufre a tomar medidas desesperadas<sup>188</sup>.

En aquel momento, los trabajadores padecían abusos por parte de agencias de migración que intervenían en el mercado de trabajo gestionando las compañías de ferrocarriles, reduciendo tarifas para el transporte de braceros y colocándolos donde más necesarios eran sus servicios. Dichas agencias realizaban un papel similar al de los actuales agentes de intermediación laboral o colocación.

El art. 2.2. del Real Decreto de 6 de mayo de 1882 establecía que sería objeto exclusivo de la Sección de migraciones llevar una estadística completa del estado de las obras públicas y particulares en cada provincia para conocer la demanda de trabajo existente en cada una de ellas. En el apartado 3º del art. 2 se previó, asimismo, que se publicarían en las provincias donde faltara el trabajo, los avisos y noticias para dar a conocer a los obreros los puntos en los cuales

---

<sup>188</sup> Aunque autores como DE AZCÁRATE, G. proponían “el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones”, DE AZCÁRATE, G.; MARICHALAR, L.; EZA, M, *Estudios sociales*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1933, p. 282; en la misma línea, MONTOYA MELGAR, A., “Crisis económica y reforma laboral en España”, en AA.VV., *Crisis económica, reformas laborales y protección social: homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno*, 2014. p. 682, para quien “ese camino ha triunfado en el mundo, salvo excepciones poco ejemplares, sobre los programas radicales de subversión del sistema social, político y económico”. Ello, no obstante, para llegar al convencimiento de la necesidad de regular, y reformar, las relaciones laborales, se produjeron terribles casos de enfrentamiento violento en España. A título de ejemplo, a finales del siglo XIX, tuvo lugar el infame proceso legal que juzgó, en la Audiencia de Jerez, los sucesos de “La Mano Negra”. “La Mano Negra” fue presuntamente una organización secreta de corte anarquista y violenta, que actuó en Andalucía, concretamente en la provincia de Cádiz, en el marco de la lucha de clases en el campo andaluz ante la falta de recursos de los colectivos más desfavorecidos. (Véase, [http://www.juntadeandalucia.es/cultura/archivos\\_html/sites/default/contenidos/archivos/ahpcadiz/documentos/DM0916.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/cultura/archivos_html/sites/default/contenidos/archivos/ahpcadiz/documentos/DM0916.pdf), consultado el 10 de enero de 2017); “Trattamenti di Disoccupazione e Strumenti per L' inserimento e la Ricollocazione nel mercato del Lavoro in Italia”, en MONEREO PÉREZ, J. L., (dir.), *Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia*, Laborum, Murcia, 2016.



fueran solicitados los jornales. De esta forma, se conseguía el objetivo 1º del art. 2, consistente en la adopción de medidas que tuvieran por objeto combinar la acción del Gobierno con la de los particulares en beneficio de la mejor repartición de la población. Aquí se muestra el interés del Estado en controlar los flujos migratorios y los terribles efectos en los mismos de una mala organización del mercado de trabajo.

Las medidas tomadas eran genéricas, por lo que el propio Real Decreto de 6 de Mayo de 1882, en el art. 3, le encomienda a la Sección de migraciones la tarea de ayudar al Gobierno a “ilustrar la opinión de las clases trabajadoras”, publicando, por un lado, cuantos datos y noticias pudieran obtenerse para demostrar los males acaecidos a los emigrantes y, los medios de obtener colocación dentro del territorio; y, por otra parte, publicar cartillas que sirvieran para el mismo fin, las cuales se entregarían a los Maestros de Escuela y a los Curas párrocos. Finalmente, el mencionado Real Decreto, en su art. 8º, estableció la obligación de publicar anualmente una memoria de los trabajos llevados a cabo por la sección de migraciones, donde se propondrían al Gobierno las medidas y reformas en la legislación que la “experiencia aconsejara”, para cumplir los fines propuestos. De la regulación expuesta se infiere el interés del Estado en conocer y controlar el mercado de trabajo.

Una vez más, se observa cómo los derechos de las personas trabajadoras en España surgen como consecuencia de trágicos sucesos que provocan la reacción e intervención del Gobierno para evitar conflictos sociales de mayor gravedad y trascendencia. Esto será una constante en el nacimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo, cuyas primeras normas son impulsadas por el Ministerio de Fomento.

Ocho años después de la creación de la Sección de migraciones, se instauran las Cámaras agrícolas<sup>189</sup> (otro agente de intermediación laboral). El

---

<sup>189</sup> Originalmente, las Cámaras agrícolas se regularon como asociaciones de carácter voluntario, constituidas al amparo de la libertad de asociaciones que reconocía la Constitución de 1876. El carácter de voluntariedad se suprimió al aprobarse el Real Decreto de 2 de septiembre de 1919 que ordena constituir en cada capital de provincia una "Cámara Oficial Agrícola", la cual dependía del Ministerio correspondiente y a la que debían pertenecer con carácter obligatorio todos los contribuyentes por rústica o pecuaria que superasen una determinada cuota.

Gobierno fue consciente de que, para llevar a cabo las obras públicas, que promovieran el progreso de España, era necesario favorecer la cooperación público-privada<sup>190</sup>. Para el desarrollo social y económico era imprescindible la creación de instituciones entre las que se encontraban las Cámaras de comercio e industriales. Sin embargo, estas no eran suficientes. Los intereses agrícolas representaban, como señala la exposición de motivos del Real Decreto de 14 de noviembre de 1890, por el que se les otorga personalidad jurídica propia a las Cámaras agrícolas, fuerzas todavía más importantes y vitales que las de la industria y el comercio. Las Cámaras agrícolas carecían entonces de amparo legal. Por ello, era necesario definir y proteger jurídicamente estas instituciones que, existentes, carecían de una organización suficiente para dar unidad de dirección a sus necesidades. El art. 5, apartado 7, de la citada norma establece que las Cámaras agrícolas, oficialmente organizadas, tendrían, además de los derechos que la legislación vigente les reconociese a las Asociaciones de interés público, la facultad de fundar, en provecho de los asociados, Centros para la colocación de obreros agrícolas. Podríamos hablar del “protoservicio” público de empleo estatal. El Estado continúa con su postura intervencionista en las relaciones laborales para proteger el mercado de trabajo, y a los actores que participan en el mismo. De esta forma, las relaciones laborales no se circunscriben exclusivamente al ámbito privado, sino que, por su especial interés público, el Estado interviene en ellas, regulándolas, para garantizar el desarrollo social y económico del país y los derechos de la ciudadanía.

Es en 1917, otro momento histórico complejo a nivel mundial, cuando el Ministerio de Fomento crea, mediante un Real Decreto de 25 de mayo, un Centro de informaciones para la colocación de obreros. Este Centro sería el encargado de poner en relación demandas y ofertas de mano de obra nacional, así como de emplear otros medios adecuados para combatir la falta de trabajo (art. 1). Asimismo, se establece, en el art. 2º, que los servicios del Centro serían gratuitos para obreros y patronos y su actuación sería, además, absolutamente neutral.

---

<sup>190</sup> Favorecer esta cooperación sigue siendo un fin del Servicio Nacional de Empleo que se recoge en el art. 7.1, apartado h) de la vigente Ley de Empleo.

El 12 de junio de 1919 se aprobó el Real Decreto por el que se crean las bolsas de trabajo, de conformidad con lo establecido en el apartado séptimo del art. 5º del Real Decreto de organización oficial de las Cámaras Agrícolas de 14 de noviembre de 1890. Dicho Real Decreto, como ya se ha adelantado, facultaba a estas para fundar Centros de colocación de obreros, por lo que serían dichos centros los que establecerían bolsas de trabajo. Esto era producto del propósito del Gobierno de mejorar las condiciones de los trabajadores en una época de crisis, permitiendo que aquellos sustituyesen las tareas que fuesen propias de su oficio por otras que estuviesen al alcance de sus aptitudes, proporcionándoles la remuneración que en el ámbito agrícola no podían obtener, como señalaba la exposición de motivos del Real Decreto.

En 1914, el Rey Alfonso XIII, en el mensaje de apertura de las Cortes, manifestó la necesidad de crear el Ministerio del Trabajo. Desafortunadamente, ese mismo año, comenzó la I Guerra Mundial. A pesar de que España fue neutral, la guerra tuvo repercusiones en el país, lo que impidió que se llevase a cabo la creación del Ministerio. Sin embargo, finalizada la guerra se retomó el proyecto. En la exposición de motivos del Real Decreto de 8 de mayo de 1920, por el que se crea el Ministerio del Trabajo, se expone lo siguiente: “más por imperiosas y justas exigencias del momento actual, revive con mayor fuerza la atención que todos los Estados y sus respectivos Gobiernos prestan a las cuestiones sociales, y muy determinadamente a cuanto con el trabajo se relaciona, hasta el punto de haber sido objeto de cláusulas especiales en el Tratado de Paz y de Conferencias internacionales de carácter permanente<sup>191</sup>. España, que tiene en la materia una brillante tradición, caracterizada por la creación de Institutos que han realizado en cuestiones sociales y de previsión popular brillantes y continuos trabajos de información, de preparación legislativa y de vigilancia e inspección, debe seguir marchando al mismo paso que las naciones progresivas en la materia: por lo cual, el Gobierno de V. M. estima

---

<sup>191</sup> “La OIT fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente”. <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>, consultada el 29 de marzo de 2017.

llegado el instante, haciendo uso de la autorización concedida por la Cortes, de crear el Ministerio del Trabajo”.

Ese mismo año, el 29 de septiembre, se aprobó, mediante una Real Orden del recién constituido Ministerio del Trabajo, la creación del servicio de colocación. Se trataba de dar respuesta a la necesidad de atender, con soluciones eficaces, el problema del paro forzoso mediante organismos que facilitasen la colocación de los obreros sin trabajo, como se manifiesta en la exposición de motivos. Asimismo, el objeto de la Real Orden era proceder al establecimiento en el Ministerio del Trabajo de un servicio de colocación central que hasta la fecha era desempeñado en cada provincia por Bolsas u Oficinas de Trabajo. Este nuevo organismo central del Gobierno comprobaría el paro forzoso y realizaría una labor de coordinación entre las diversas oficinas de las localidades que, en palabras de la Real Orden, se consagrasen a esa “humanitaria tarea”.

## **2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS CRISIS ECONÓMICAS Y DE LAS REFORMAS DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA**

Un sector de la doctrina aboga por el “el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones”<sup>192</sup>, el cual, salvo excepciones, ha vencido a los programas radicales de subversión del sistema social, político y económico<sup>193</sup>. Sin embargo, como se justificará, el camino de reformas laborales recorrido para evitar “violentas revoluciones” no parece ser efectivo. Las reformas llevadas a cabo en España, en materia de intermediación laboral, ciertamente de forma paulatina, han servido para huir del Derecho del Trabajo en pro del Derecho Civil o Mercantil, pudiendo incluso, dejar sin contenido el delito de tráfico ilegal de mano de obra. Estas reformas, que suelen ser

---

<sup>192</sup> DE AZCÁRATE, G., *Estudios sociales*, cit., p. 282.

<sup>193</sup> Véase, MONTOYA MELGAR, A., “Crisis económica y reforma laboral en España”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), LUJÁN ALCARAZ, J. (dir.), *Crisis económica, reformas laborales y protección social: homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 2014, p. 682.

motivadas por crisis económicas<sup>194</sup>, devuelven el Derecho laboral a un estado arcaico del mismo, al ámbito estrictamente privado, desprotegiendo a la parte más vulnerable de la relación laboral, la persona trabajadora, en favor del empleador, quien tiene los medios de producción y la capacidad económica<sup>195</sup>. Parece que el legislador, con las reformas llevadas a cabo, no buscara la equidad de los sujetos sino volver a relaciones que pueden recordar al vasallaje, basadas en el dominio y la sumisión.

Analizamos a continuación las reformas llevadas a cabo a partir de la transición democrática (1975-1978) hasta la actualidad, para contextualizar e incidir en la necesidad de proteger el mercado de trabajo en general y la indemnidad de la relación laboral en concreto, en relación con el bien jurídico protegido por el art. 312.1 CP.

Como punto de partida, cabe señalar que las denominadas “reformas del mercado de trabajo”, expresión utilizada incluso en los textos legales, son en realidad reformas del Derecho del Trabajo que inciden, lógicamente, sobre el llamado “mercado laboral”, apreciándose cierta influencia economicista en la terminología<sup>196</sup>.

## **2.1 Las reformas laborales: la Transición Democrática**

En 1975 comenzó en España la transición de régimen político que culminó en 1978 con la aprobación y promulgación de la Constitución Española. Este cambio político requirió cambios jurídicos, fruto de los cuales, en el marco del nuevo Estado social y democrático de Derecho, se reconocieron, en el ámbito

---

<sup>194</sup> Manifiesta, al respecto, MONTOYA MELGAR, A., “Crisis económica y reforma laboral en España”, cit., p. 683: “encontramos en nuestro país toda una cadena de reformas laborales debidas predominantemente a circunstancias económicas; predominantemente porque en algunos casos -sobre todo en la época de la transición a la democracia- las reformas estuvieron motivadas ante todo por razones socio-políticas; ello con independencia de que en cualquier reforma laboral es difícil deslindar lo político, lo social y lo económico”.

<sup>195</sup> En este sentido, véase: “Víctimas especialmente vulnerables y Ley Orgánica 1/2004”, en JIMÉNEZ DÍAZ, J. M<sup>a</sup>. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, 2009.

<sup>196</sup> Véanse en este sentido, SUAREZ GONZALEZ, F., “Las reformas laborales”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año LXIII, nº 88, curso 2010-2011, p. 251; y, MONTOYA MELGAR, A. *Crisis económica y reforma laboral en España*, cit. p. 683.

laboral, derechos colectivos y se redujo el intervencionismo estatal en las relaciones laborales, entre otras medidas.

En esta etapa se aprobó, con el impulso de la Unión de Centro Democrático, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (en adelante, LRL). Este partido político consideró oportuno reforzar y dotar de entidad propia al Derecho del Trabajo, hecho que se puede observar cuando en la Exposición de Motivos de la norma se manifiesta el propósito de “anticiparse, en la medida de lo posible, a los criterios y nuevos planteamientos que se adivinan en un porvenir inmediato”.

La LRL fue fundamental para establecer medidas de mejora social, como la reducción de la jornada laboral, la ampliación del descanso semanal o de las vacaciones anuales, la creación del Fondo de Garantía Salarial, que aún existe, etc. Observadas las necesidades sociales, los dirigentes políticos de la época, dictaron normas encaminadas a lograr la estabilidad social y política mediante la regulación de la relación laboral, principal fuente de ingresos de la ciudadanía.

En aquel momento, a finales de los años setenta, pese a que España se acercaba al pleno empleo, seguía preocupando el fomento del empleo, especialmente respecto de personas trabajadoras con dificultades de inserción laboral. La exclusión laboral y social de este colectivo se intentó solventar mediante medidas de bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, y con beneficios formativos. De este modo, con la aprobación del Real Decreto 41/1979, de 5 de enero, de promoción del empleo juvenil, o del Real Decreto 42/1979, de 5 de enero, sobre contratación de trabajadores perceptores del subsidio por desempleo, se continuaba una trayectoria iniciada antes de la transición democrática, cuando se aprobaron el Real Decreto 1293/1970, de 30 de abril, sobre el empleo de trabajadores mayores de cuarenta años, y el Real Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, de empleo de trabajadores minusválidos. En esta etapa, el Estado tenía el monopolio del mercado de trabajo, por lo que aún no se permitía la intermediación de terceros en la relación laboral. Las políticas de empleo se encaminaban a proteger a las personas demandantes de empleo mediante medidas protectoras del mercado laboral.

Estas políticas intervencionistas del mercado de trabajo, que interferían en la oferta y la demanda de trabajo son una característica de nuestra historia jurídica laboral.

Tras la publicación de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, se aprobó el Real Decreto-Ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo (en adelante, RDLRT). En el preámbulo del RDLRT se describen las medidas adoptadas como de “una profunda reforma normativa, inspirada en el principio de liberalización de las relaciones de trabajo, en consonancia con los sistemas jurídicos imperantes en los países de Europa Occidental”. Es decir, se protegen las relaciones laborales, pero ya se apunta a la necesidad de liberalización del mercado de trabajo. En el horizonte se situaba la crisis del petróleo de los años 70 del siglo XX, que afectó a las economías de los Estados, desencadenando reformas del mercado de trabajo para adaptarlo a las necesidades económicas que, ya en aquel momento, se señalaba que requerían de un mayor grado de flexibilidad. Este hecho se puede observar en el RDLRT, por ejemplo, en la creación, con ánimo flexibilizador, de una nueva modalidad de extinción del contrato de trabajo, el despido individual por circunstancias objetivas, que suprimió la exigencia de autorización administrativa, o la reestructuración de plantillas.

Además, como veremos más adelante, se firmaron y ratificaron por parte de las Cortes Generales, los Pactos de la Moncloa, de gran impacto económico y laboral, concretamente en el desarrollo de la intermediación laboral. En ejecución de los Pactos de la Moncloa se aprobó, entre otros, el Real Decreto-Ley 43/1977, de 25 de noviembre, de política salarial y empleo, que reconoció “la gravedad de la situación por la que actualmente atraviesa la economía española” y “la necesidad ineludible de una profunda reforma de sus aspectos institucionales más característicos”. De este modo, antes de que se reconociese en la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) el principio de economía de mercado, este Real Decreto-Ley se adelantó limitando el rol del Estado a “orientar de forma indicativa la libre actuación de los particulares”. Ello permitía al Estado, de un lado, proteger a “la parte débil” de la relación laboral, pero a la vez abrir las puertas a futuras reformas orientadas a defender intereses puramente económicos y empresariales.

Por su parte, el Real Decreto 3281/1977, de 16 de diciembre, para desarrollo de la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 43/1977, de 25 de noviembre, sobre política salarial y empleo, insistía en “la grave situación por que atraviesa la economía española”, en la “evidente disminución en el ritmo de creación de puestos de trabajo” y en “los efectos especialmente negativos en las posibilidades de ocupación y colocación de las personas jóvenes”.

Asimismo, se aprobó el Real Decreto 3397/1977, de 28 de octubre, sobre actuación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario en los programas extraordinarios del Gobierno para mitigar el paro forzoso, que adoptaba “medidas urgentes y eficaces para combatir el paro forzoso”, consistentes en obras de acondicionamiento de vías urbanas; medidas que ya entonces contaban con una larga tradición, y que habían de tener múltiples sucesoras en tiempos posteriores.

De todas estas normas se infiere el gran interés del Estado por garantizar un buen funcionamiento del mercado laboral que permita el desarrollo económico de forma justa y responsable. Además, se manifiesta la intención de proteger a las personas trabajadoras, y se sientan las bases de un sistema laboral que también vele por la libertad de quienes emplean para desarrollar su actividad, apuntando a la liberalización actual del mercado de trabajo, como se analizará más adelante. Ello, no obstante, dicha liberalización habrá de respetar el interés del Estado por proteger un bien jurídico, general y abstracto, como es la indemnidad de la relación laboral, que se puede ver afectado por la preminencia de intereses puramente económicos sobre los derechos laborales.

## **2.2 Los años 80 y el “derecho de la crisis”**

La transición política española, iniciada en 1975, finaliza con la aprobación y promulgación de la CE. Ésta, en su art. 1.1, estableció que España es “un Estado social y democrático de Derecho”, que reconoce, además, la libertad sindical y



el derecho de huelga, en su art. 28, el derecho al trabajo y el deber de trabajar en el art. 35<sup>197</sup>, y, la libertad de empresa (art. 38)<sup>198</sup>.

La crisis del petróleo originó una crisis económica a nivel mundial en los años 70 del s. XX, cuyas consecuencias continuaron afectando a la economía, a la política y a la sociedad en España durante los años 80, manifestándose con crudeza en la realidad laboral. Se destruyó empleo, bajó la productividad y aumentaron los costes laborales<sup>199</sup>.

En ese contexto histórico, la doctrina iulaboralista, a nivel nacional e internacional, comenzó a hablar de un “Derecho del Trabajo de la crisis” y de un “Derecho del Trabajo de la emergencia”<sup>200</sup>. Como ha ocurrido con la reciente crisis económica mundial iniciada en 2008, la caída de la economía supuso la destrucción de empleo. Esta situación favoreció las políticas de liberalización del mercado laboral, como más adelante veremos, en detrimento de los derechos laborales. Las expresiones empleadas en aquel momento se podrían utilizar en los mismos términos en la actualidad, pues, como ha apuntado la doctrina<sup>201</sup>, enfatizaban, por una parte, la función natural de las leyes laborales, que es la protección de la persona trabajadora, y por otra parte, aparecía la creación de empleo, función esta que, en palabras del profesor Montoya Melgar, “se veía

---

<sup>197</sup> Art. 35.1 CE: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

<sup>198</sup> Art. 38 CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

<sup>199</sup> Véase, ALONSO OLEA, M., “El trabajo como bien escaso”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 33, 2001, número dedicado monográficamente al Derecho del Empleo. El artículo constituye el texto íntegro de la relevante conferencia que ALONSO OLEA pronunció el día 15 de julio de 1982 en el Círculo de Empresarios”; puede verse en [http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio1.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio1.pdf), consultada el 2 de julio de 2019.

<sup>200</sup> En este sentido, véase MONTOYA MELGAR, A., “Crisis económica y reforma laboral en España”, cit., p. 687.

<sup>201</sup> Véase en este sentido, MARTÍN VALVERDE, A., “El Derecho del Trabajo de la crisis en España”, *Revista Española de derecho del Trabajo*, nº 26, abril-junio 1986, pp. 165 y ss.; y, DE LUCA TAMAYO R., y VENTURA, L., *Il Diritto del Lavoro nell'emergenza*, Jovene, Napoles, 1979.

obligado a asumir este sector del ordenamiento como un arma más del arsenal frente a la grave situación económica”<sup>202</sup>.

Por todo ello, se introdujo en España una fórmula que se defendía en otros países para hacer frente a los nuevos retos del Derecho del Trabajo, la “flexibilización del mercado de trabajo”<sup>203</sup>. Tema que, más de treinta años después, sigue de actualidad por la polémica que suscita flexibilizar el mercado laboral manteniendo, al mismo tiempo, la seguridad de las personas empleadas<sup>204</sup>. Por ello, en los últimos tiempos, se habla de “flexiseguridad del mercado de trabajo”<sup>205</sup>, la cual, sin lugar a dudas, pasa por controlar la intermediación laboral, así como los procesos de externalización laboral que llevan a cabo las empresas en España. Fiscalizando adecuadamente estos procesos se pueden evitar situaciones fraudulentas, y sancionar los abusos leves conforme al régimen sancionador del orden social, y, los más graves, penalmente, como en el caso del tráfico ilegal de mano de obra, tipificado en el art. 312.1 CP.

En 1980 se aprobó la Ley 3/1980, del Estatuto de los Trabajadores, que, aunque lógicamente ha cambiado su articulado, mantiene, en su versión actual,

---

<sup>202</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Crisis económica y reforma laboral en España*, cit., p. 687.

<sup>203</sup> RIVERO LAMAS, J., (coord.), *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993; GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral (Consideraciones sobre la flexibilización del mercado de trabajo)*, Murcia, 1984; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja”, *Relaciones Laborales*, 1991, nº.1, p. 88; DURAN, F., MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, 1987.

<sup>204</sup> No obstante, las medidas que se adopten han de tener relevancia práctica para las personas trabajadoras. De lo contrario no serán medidas “flexiseguras”. En este sentido, véase. FERRANDO GARCÍA, F. M., “Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 177, 2015, p. 109.

<sup>205</sup> Ciertamente, la doctrina científica más autorizada considera el término flexiseguridad un neologismo que, en palabras del profesor CAVAS MARTÍNEZ, F., en “El Derecho Social ante la crisis”, *Aranzadi social*, 2008, nº 19. p. 2, “alude a un modelo de articulación y ordenación de las relaciones laborales que aspira a conjugar un elevado grado de flexibilidad en el mercado laboral (contrataciones y despidos más fáciles, rápidos y poco gravosos, movilidad del personal, retribuciones variables, que permitan ajustar las condiciones laborales y las necesidades de mano de obra a las diferentes coyunturas) con una adecuada y permanente protección al trabajador desempleado (subsidios, indemnizaciones) y una eficaz política de empleo (disminuyendo los periodos de inactividad, propiciando la formación profesional permanente)”. Véase también, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Crítica a la flexiseguridad”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2013, vol. 16, p. 51-82.

su concepción y arquitectura fundamental<sup>206</sup>. En el preámbulo del proyecto se afirma que “el nuevo modelo político precisa, por pura coherencia, de un nuevo modelo laboral”, enunciando los tres pilares básicos en los que la Constitución sustenta dicho modelo: “la contraposición de intereses en el mundo del trabajo, la autonomía colectiva de las partes sociales y el otorgamiento al Estado de la correspondiente potestad normativa en materias laborales”. Sin embargo, aun siendo esta la misión principal del Estatuto, no puede este, sin embargo, apartarse de la situación económica del país, y, particularmente, del problema del desempleo. Este es el motivo por el que en el texto se prevén medidas de fomento del empleo (subvenciones, desgravaciones y otras ayudas, que el Gobierno establecerá previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales con mayor representación; así como el recurso a la contratación temporal y la fijación de una edad laboral máxima)<sup>207</sup>; y, a la vez, se introducían medidas flexibilizadoras de las relaciones laborales, frente a la excesiva “rigidez” que las dominaba<sup>208</sup>, y anticipándose así a las propuestas planteadas en 1986 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> Véase en este sentido, SUAREZ GONZALEZ, *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1980; también, AGUILERA IZQUIERDO, R. et al., *Estatuto de los Trabajadores, Edición conmemorativa del 25 aniversario con texto inicial y texto vigente*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

<sup>207</sup> Entre otros, véase, art. 17 ET de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo). Si bien, en cuanto a la evolución e interpretación de la fijación de una edad laboral máxima y su inconstitucionalidad, véase: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. “La discriminación en el acceso al empleo de los trabajadores de edad: reflexiones a propósito del papel de la intermediación laboral”, en FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. y MELLA MÉNDEZ, L. (dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. II, Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud: España, Portugal, Francia, Italia, Brasil*, Peter Lang, Suiza, 2017, pp. 53-77. SOLÀ MONELLS, X. “La imposición de límites máximos de edad en el acceso al empleo”, *IUSLabor*, nº. 3, 2016, pp. 49-65; MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>. R. *Influencia de la edad en las relaciones laborales acceso al empleo y protección social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

<sup>208</sup> En este sentido, véase, art. 36 ET de 1980.

<sup>209</sup> La OCDE fue fundada en 1961. Agrupa a 36 países, entre los que se encuentra España, y su misión es, en atención a lo que señala su página web, “promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo”. Con motivo del vigesimoquinto aniversario de la organización celebró, en 1986, un simposio en el que participó el entonces presidente del extinto Banco Exterior de España y exministro de Economía y Hacienda del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), BOYER SALVADOR, M., con la intervención “La necesidad de reforma institucional y flexibilidad de oferta”, que puede verse en: <https://www.oecd.org/futures/38301049.pdf>.

La preocupación del Estado por el empleo quedaba latente en la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, que fue reestructurada en 1984, donde se reiteró al Gobierno el mandato constitucional de formular y desarrollar una política de empleo, buscando la máxima utilización de los recursos humanos y económicos disponibles (art. 4).

Esta situación provocó que la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, reformase los tres Títulos del Estatuto de los Trabajadores para adaptarlo a la línea de flexibilización del mercado laboral. De esta forma se intentó hacer frente al creciente desempleo reformando un mercado de trabajo, por entonces, rígido y monopolizado por el Estado<sup>210</sup>. En la Exposición de Motivos de la norma se señala que “la adaptación del marco institucional que regula el mercado de trabajo a las nuevas circunstancias de la economía española, tras la crisis económica del último decenio, constituye una necesidad imperiosa en orden a conseguir que las perspectivas de un crecimiento económico futuro, más sustancial que el de los últimos años, se traduzcan en la creación del mayor número de empleos posibles, objetivo fundamental y prioritario del programa de Gobierno”. Se promovió en aquel momento la contratación temporal con diversas medidas, como la aprobación del Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo<sup>211</sup>. Si se fomentaba la temporalidad, la consecuencia lógica era la creación y la legalización de empresas de trabajo temporal, que se producirá más adelante.

Así mismo, surge la denominada “dualización” del mercado de trabajo, así como las expresiones, tan utilizadas hoy en día, “contratación precaria” y

---

<sup>210</sup> Sobre la significación jurídica de la Ley 32/1984, véase, VILLALON CRUZ, J., “Aspectos jurídicos de la reconversión industrial”, en DURAN LOPEZ, F., (ed.), *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983, pp. 199 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Medidas laborales y de Seguridad Social en la reconversión industrial”, *Documentación Laboral*, nº 12, abril-junio 1984, pp. 7 y ss.; MONEREO PEREZ, J.L., *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1988; PEREZ DE LOS COBOS, F., “La política de reconversión española como política neocorporativa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 42, abril-junio 1990, pp. 245 y ss.

<sup>211</sup> Véase en este sentido, CAVAS MARTINEZ, F., “La contratación temporal como medida de fomento de empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 31, julio-septiembre 1987.

“contratos basura”, entendiendo por estos los contrapuestos a los contratos indefinidos o estables, ciertamente más protectores para las personas trabajadoras. Se puede observar la relación entre la seguridad laboral con la estabilidad social y política.

En este contexto, aparecieron también conceptos como “concertación social” o “diálogo social”, unas veces bipartito (entre sindicatos y asociaciones empresariales), otras veces tripartito (con presencia del Gobierno). A esta singular fórmula normativa se la denominó “legislación negociada”, la cual era acusada de corporativista por un sector de la doctrina<sup>212</sup>. No obstante, es indudable la función de pacificación social que cumplió esta concertación, en momentos de elevado paro, hecho que actualmente parece imposible realizar por parte de estos mismos actores.

El espíritu que inspiró estos acuerdos de concertación social que se ocuparon del problema del paro y aportaron fórmulas para hacerle frente, es el que debe ser retomado hoy día para no cometer los mismos errores que han provocado una situación, en pleno 2019, análoga a la vivida hace poco más de cuarenta años. Por ejemplo, el Acuerdo Marco Interprofesional (AMI), suscrito por la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Española de organizaciones Empresariales (CEOE) el 5 de enero de 1980 consideró como “objetivo primordial” el mantenimiento y la creación de puestos de trabajo. Sin embargo, al ser el AMI un mero contrato sin eficacia normativa, a diferencia de los convenios colectivos, al ser revisado en 1981, las partes consideraron que las medidas adoptadas hasta el momento eran insuficientes, agravándose año tras año la tasa de desempleo. Por ello, las partes entendieron necesario alcanzar un Acuerdo Nacional sobre el Empleo (ANE), que se firmó el 9 de junio de 1981 entre el Gobierno, la CEOE y los sindicatos más representativos, UGT y Comisiones Obreras (CCOO). En este nuevo acuerdo se comprometieron a

---

<sup>212</sup> Véase en este sentido, MULAS GARCÍA, A., “Los pactos sociales españoles. De la Moncloa al Acuerdo Interconferencial 1983”, *Documentación Laboral*, nº 7, enero-marzo, 1983, p. 95 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo y crisis económica*, Bogotá, 1990, pp. 79 y ss.; MONEREO PEREZ, J.L., *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

crear empleo, objetivo que no se pudo alcanzar, por lo que se sucedieron diversos acuerdos orientados a tal fin, que tampoco alcanzaron su propósito<sup>213</sup>.

La entrada de España en la Comunidad Europea, en 1986, provocó cambios legislativos en el ordenamiento interno. Esta integración en una organización supranacional motivó cambios en nuestro ordenamiento interno con la finalidad de liberalizar y flexibilizar el mercado laboral.

## **2.3 La reforma del Gobierno del Partido Socialista Obrero Español de 1994 y la del Partido Popular de 1997**

### **2.3.1 La reforma del Partido Socialista Obrero Español de 1994**

Tras la ligera recuperación económica observada durante la segunda mitad de la década de los años 80, del pasado siglo, los años 90 supusieron la entrada de lleno de España en un panorama económico más amplio donde las exigencias de competitividad determinadas, en gran medida por la integración de España en la Comunidad Europea, eran más altas. Asimismo, tuvieron lugar grandes transformaciones productivas y comerciales debidas al impacto de la globalización en el mercado laboral y económico.

Ante este nuevo panorama mundial, donde parecía que finalmente se superaba la crisis de los años 70, una nueva recesión económica mundial provocada por la desaceleración económica de EEUU, Japón y Alemania, originó inflación y, de nuevo, paro. Esta crisis reavivó los fantasmas del pasado, afectando gravemente a nuestro país. En 1994 se alcanzó la cifra más alta de desempleo. El Gobierno respondió intensificando las precedentes políticas flexibilizadoras, e introduciendo, por la gravedad de la situación, algunas

---

<sup>213</sup> Un sector de la doctrina ha manifestado que “si la productividad se eleva como valor protegido por el ordenamiento jurídico, en búsqueda de colaboración para su consecución se detectan nuevas formas de administración de la relación de trabajo que tratan de lograr consenso de los trabajadores con los objetivos perseguidos por la empresa, de manera que se haga necesario el recurso a una gestión autoritaria de la misma. Lo que en el fondo significa el reconocimiento en el seno de la empresa de grupos de intereses con identidad propia, que se procura hacer converger hacia el interés de empresa”, en APARICIO TOVAR, J. Y BAYLOS GRAU, A., *Autoridad y democracia*, Trotta, Madrid, 1992, p. 13.

novedades como, por ejemplo, la introducción de las Empresas de Trabajo Temporal<sup>214</sup>.

Se promovieron, por parte del Gobierno, diversas leyes, entre las que destacamos la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación; la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; y, la LETT<sup>215</sup>.

Todas ellas tienen en común que abogaban y adoptaban medidas flexibilizadoras y liberalizadoras en materia laboral. La ley 10/1994, que derivaba del Real Decreto Legislativo 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (en adelante, RDLFO), reconoció la necesidad de acometer “cambios estructurales profundos” ante “la gravedad de la situación económica y su incidencia en el mercado de trabajo”.

La Ley 11/1994 modificó las normas básicas que componen el Derecho del Trabajo: el Estatuto de los Trabajadores, que en 1995 sería objeto de refundición, la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Como veremos más adelante, todas estas normas afectaron a nuestro objeto de estudio. En ellas se promovió el espíritu liberalizador y flexibilizador, que se plasmó reduciendo el ámbito de

---

<sup>214</sup> Ciertamente, la doctrina iuslaboralista ha manifestado que “ante el elevado desempleo que sufría España a principio de los años 90, se encontró en un modelo de empresa utilizado en Europa, una posible solución destinada a reactivar la contratación laboral: la ETT. Ésta figura, entonces totalmente desconocida en España, llevaba años funcionando en otros países de la UE con exitosos resultados, ya que permitía a las empresas satisfacer necesidades productivas de carácter temporal sin necesidad de engrosar su plantilla” en SELMA PENALVA, A., “La prestación internacional de servicios a través de ETT”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016, p. 411.

<sup>215</sup> La LETT se aprobó y publicó en 1994, un año antes que el CP. En el preámbulo de la ley se manifiesta lo siguiente: “La contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a necesidades coyunturales ha sido tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos, por estimar que ambas figuras podían atentar contra derechos fundamentales de los trabajadores”. Podemos observar que claramente se identifica tráfico ilegal de mano de obra con cesión ilegal de mano de obra.

actuación de la legislación estatal en beneficio de la autonomía colectiva e individual de las partes y que fue rechazada inicialmente por los sindicatos.

La Ley 11/1994 se propuso, como anunciaba su exposición de motivos, “revisar el marco institucional de las relaciones laborales, así como las propias prácticas negociadoras de los interlocutores sociales”, desde una decidida perspectiva de “adaptabilidad” y “flexibilidad”.

Asimismo, y continuando esta gran reforma laboral de 1994, se aprobó la LETT, que las reguló adaptando nuestro ordenamiento al marco europeo. Asimismo, esta norma introdujo, como la propia LETT expuso, “un mecanismo importante para acceder a la actividad laboral”, mecanismo que se sumaba a las ya legalizadas agencias privadas de colocación por el RDLFO que, en su art. 1, referido al ingreso al trabajo, estableció en su punto 2, la posibilidad de intervenir en el mercado de trabajo a las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro, en los siguientes términos: “se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El Servicio Público de Empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados”. Además, el art. 2 RDLFO, sobre cesión de personas trabajadoras, estableció lo que sigue:

*“1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.*

*2. Los empresarios que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.*



3. *Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba.*

*En la nueva empresa sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo puesto de trabajo o equivalente, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal”.*

Como podemos observar, ya en 1994, como sucede en la actualidad, el ET al referirse a la cesión ilegal de personas trabajadoras, utiliza la expresión personas sometidas “a tráfico prohibido”. En 1994 se estaba discutiendo parlamentariamente la reforma del Código Penal de 1973, donde se castigaba penalmente la cesión ilegal de personas trabajadoras, y en definitiva, personas sometidas a tráfico prohibido de mano de obra. Al aprobarse el nuevo Código Penal en 1995, desapareció del texto legal el término “cesión ilegal de trabajadores”, siendo sustituido por “tráfico ilegal de mano de obra”, para hacer referencia al delito que protege el mercado laboral frente a sujetos que interfieren en el mismo pervirtiendo las relaciones laborales, en detrimento de los derechos laborales de las personas trabajadoras.

### **2.3.2 La reforma del Partido Popular de 1997**

En 1997, ya con otro partido en el Gobierno de la Nación, se abordó una nueva reforma, recuperando el dialogo social que tan beneficioso había sido en los años 80 para el desarrollo no solo legal sino social y político del país a través de la regulación laboral<sup>216</sup>. Por ello, se volvieron a reunir las Confederaciones de Empresarios y de Sindicatos más representativos para consensuar un nuevo pacto, el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, suscrito el 28 de abril de 1997.

---

<sup>216</sup> Sobre la reforma laboral de 1997, véase: GARCIA MURCIA, J., “La reforma laboral de 1997”, *Revista jurídica de Asturias*, nº 21, 1997, pp. 15 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I., *et al.*, *La reforma laboral de 1997*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; PALOMEQUE LOPEZ, M.C., *La reforma laboral de 1997*, Praxis, Barcelona, 1997.

Ciertamente, en esta etapa, se obtienen los frutos de las medidas legales adoptadas para salir de la crisis económica. Sin embargo, a pesar de la incipiente recuperación económica, la tasa de desempleo seguía siendo del 20'3%, porcentaje que no se volvería a alcanzar hasta 2011<sup>217</sup>; momento, como veremos, a partir del cual, se adoptaron una serie de medidas urgentes para fomentar el mercado de trabajo.

#### **2.4 Las reformas laborales del Partido Popular en 2001, 2002 y 2003**

En el año 2000 se celebraron elecciones generales, donde volvió a ganar el Partido Popular y, en 2001, se acometió una nueva reforma laboral. Sin embargo, en esta ocasión, el Gobierno no contó con los agentes sociales para negociar la Ley proveniente del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, lo que ocasionó un gran conflicto social y, por tanto, político.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad pretendía solucionar los “problemas prácticos o disfunciones” no resueltos por las reformas anteriores<sup>218</sup>. Para lograrlo, la reforma incidió en el régimen de contratos, la sucesión de empresas y las empresas de trabajo temporal, entre otras medidas. Las modificaciones legislativas, que más adelante analizaremos, provocaron cambios en algunos preceptos de la LISOS. La ley perseguía “un empleo más estable y de mayor calidad”, idea que se mantuvo en las sucesivas reformas llevadas a cabo durante esta etapa de gobierno. Sin embargo, el conflicto de

---

<sup>217</sup> Según la noticia publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), esta tasa de desempleo, alcanzada en el segundo trimestre de 1997, cuando llegó a situarse en el 20,72%, no se repitió hasta 2011. La información completa se puede ver en: <https://www.ine.es/economia/2011/01/28/paro-alcanza-203-tasa-alta-1997/1026106.html>, consultada el 23 de junio de 2019.

<sup>218</sup> Sobre la reforma laboral de 2001, por todos, véanse, SEMPERE NAVARRO, A.V. (coord.), *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001*, cit.; y GARCIA PERROTE-ESCARTÍN, I. (coord.), *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación colectiva para el año 2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

intereses sobre el que incidían los cambios normativos (liberalismo-proteccionismo) entrañaba un conflicto jurídico pues la prevalencia de los intereses económicos afectaba a los derechos laborales, provocando con frecuencia una huida del Derecho del Trabajo<sup>219</sup>.

La bonanza económica que experimentaba la economía mundial ayudó a continuar con las reformas laborales sin acuerdo social, siendo relevante el dato de que el nivel de desempleo bajó en 2003 al 11'5%<sup>220</sup>. Ese año se promulgó la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, actualmente derogada por la LEmp de 2015, cuya exposición de motivos daba fe de la existencia de “una alta tasa de paro y una baja tasa de ocupación”, al tiempo que presentaba como objetivo la mejora de la eficiencia del mercado de trabajo, para lo cual instrumentaba un nuevo Sistema Nacional de Empleo<sup>221</sup>.

## **2.5 La reforma laboral del Partido Socialista Obrero Español de 2006**

En el año 2004 hubo nuevas elecciones generales, que dieron lugar a un nuevo cambio de gobierno nacional, al que regresó el PSOE. Pese al descenso del desempleo, en el año 2006 se publicó la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, norma que seguía la trayectoria de las reformas anteriores<sup>222</sup>. Se mantenía la pretensión de hacer frente, una vez más, a los “desequilibrios de nuestro mercado de trabajo” y, particularmente, al

---

<sup>219</sup> Es una realidad que el patrón económico actual es un modelo mundial o globalizado. Esta economía globalizada persigue, por un lado, la reducción del papel del sector público en el conjunto de la economía y, por otro lado, el incremento de la eficiencia y eficacia de la Administración, a la que se le requiere un funcionamiento más próximo al del sector privado. Sin embargo, algunas reformas de la legislación laboral, como las que nos ocupan, puede tener consecuencias negativas para la sociedad, pudiendo aumentar el riesgo de exclusión social. No debemos olvidar que el proceso externalizador persigue reducir los costes económicos de las empresas. Por ello, se buscan fórmulas que permitan eludir las obligaciones laborales en ramas del ordenamiento jurídico puramente privadas como son el Derecho Civil y el Mercantil.

<sup>220</sup> [https://www.ine.es/prensa/epa\\_tabla.htm](https://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm), consultada el 10 de junio de 2019.

<sup>221</sup> Sobre la reforma, véase, MONTOYA MELGAR, A. y CRISTOBAL RONCERO, R., *Comentario a la Ley de Empleo (Ley 56/2003)*, Civitas, Madrid, 2003.

<sup>222</sup> Sobre la reforma laboral de 2006, véase: PEDRAJAS MORENO, A. *et al.*, *La reforma laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

“doble problema”, siempre irresuelto, del “insuficiente volumen de empleo y alto nivel de temporalidad”.

Un supuesto más de “ley negociada”, en beneficio de la estabilidad social, y como tal basada en un Acuerdo tripartito (entre Gobierno y agentes sociales: CEOE/CEPYME y CCOO/UGT) suscrito el 9 de mayo de 2016, que dio lugar al Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Se situaban en la línea de buscar no sólo más empleo sino también “empleo estable” o “de calidad”<sup>223</sup>.

## **2.6 Las reformas del Partido Socialista Obrero Español de 2010**

La desastrosa gestión de los mercados financieros y los errores de los Bancos centrales y los organismos reguladores y auditores provocaron, a mediados de 2007, una nueva crisis económica, la cual mostró, años después, las debilidades de nuestro ordenamiento laboral. En este epígrafe se hará un análisis sucinto de las reformas que más detalladamente se analizarán en el siguiente capítulo.

Pese a que los efectos de la citada crisis económico-financiera ya se hacían notar en España, el RDL 2/2008, de 21 abril, sobre medidas de impulso de la actividad económica, afirmaba en su exposición de motivos que “en la actualidad, la economía española goza de unos sólidos fundamentos” y destacaba “la intensa creación de empleo”; pese a todo, la norma autorizaba al Gobierno para que aprobara un plan extraordinario de medidas de fomento del empleo. Fue el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, de medidas urgentes en materia económica, fiscal y de empleo y de acceso a la vivienda, la norma encargada de reconocer la “fuerte ralentización” de nuestra economía y el “aumento considerable del desempleo”<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., *Crisis económica y reforma laboral en España*, cit., p. 698.

<sup>224</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Crisis económica y reforma laboral en España*, cit., p. 699.

En ese momento, se manifiesta un ejemplo típico de lo que el profesor García de Enterría ha denominado la “legislación desbocada”; se asiste, en efecto, a “una verdadera cabalgata de leyes, Decretos-Leyes y Decretos de emergencia dirigidos, todavía sin querer acometer reformas profundas y sistemáticas, a la reactivación de la economía y el empleo”<sup>225</sup>.

El Real Decreto-ley 10/2009, de 13 de agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción, que dio lugar a la Ley 14/2009, de 11 de noviembre, de idéntica denominación, admitía abiertamente en su exposición de motivos que “el impacto de la actual crisis económica sobre el empleo y el mercado de trabajo está siendo significativamente severo como refleja el importante incremento del desempleo y la destrucción de empleo del último año y medio”.

Para hacer frente a esta realidad, en ese año 2010, el Gobierno lleva a cabo una importante reforma laboral, aunque no de tanto alcance como la de 1994. Esta reforma se materializó a través del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que dio lugar a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo<sup>226</sup>. Estas dos normas no contaron con la aprobación de todos los agentes sociales, como en anteriores ocasiones. El fracaso del dialogo social y la resistencia sindical a las reformas condujeron a la huelga general de 29 de septiembre de 2010. Estas normas afectaron considerablemente al objeto de estudio de la presente investigación.

La reforma de 2010 reconoció también la “insostenibilidad económica y social” de nuestro modelo de relaciones laborales, y aportó instrumentos jurídicos para reactivarlo. La exposición de motivos de la Ley 35/2010 señalaba

---

<sup>225</sup> En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., “Tradición e innovación en las reformas laborales de España (1975-2012)”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 2013, nº. 32, pp. 9, 17-27.

<sup>226</sup> Sobre la reforma de 2010, finalizada en 2011, véanse, MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., (dirs. y coords.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011; y MONTOYA MELGAR, A. y CAVAS MARTINEZ, F., (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011.

que “la crisis financiera y económica de origen internacional que se ha desarrollado desde principios de 2008 ha quebrado la larga senda de crecimiento económico y del empleo que vivió la economía española desde mediados de los noventa y ha tenido como consecuencia más grave una intensa destrucción de empleo y el consecuente aumento del desempleo”. Por ello, la Ley urgía a “recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo”.

Estas normas aspiraron a mejorar los mecanismos de intermediación laboral, admitiendo, entre otros aspectos, las agencias de colocación con ánimo de lucro, lo que supone la liberalización absoluta de la intermediación laboral, un camino iniciado en 1994.

La economía afectaba nuevamente a los derechos laborales; la respuesta del Estado, como medida para activar el “mercado laboral”, consistió en liberalizar completamente la intermediación laboral, permitiendo llevar a cabo una actividad económica consistente en poner en contacto a oferentes de empleo con demandantes del mismo. Lo cual, ciertamente, beneficia a las partes siempre y cuando no se obtengan pingües beneficios procedentes del salario de la persona trabajadora; en este caso, se perturbaría la relación laboral, perjudicando a la parte débil de la misma.

## **2.7 Las reformas laborales del Partido Popular durante el periodo 2012-2018**

La exposición de motivos de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma laboral se expresa en los siguientes términos: “la crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español. La gravedad de la crisis actual no tiene precedentes. España ha destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas”. El preámbulo de la Ley ofrecía, además, la cifra de paro de la entonces última Encuesta de Población Activa (EPA): el 22,5%.

El objetivo final de las nuevas reformas continuaba siendo el mismo de las últimas décadas: la “creación de puestos de trabajo” y la “estabilidad en el

empleo”. Y el “problema” volvía a residir en los medios utilizados para alcanzar tal objetivo, en este caso, medios jurídicos. La legislación laboral, afectada por decisiones políticas no consensuadas entre el Gobierno, la patronal y los sindicatos, no conseguían mejorar la trágica realidad laboral<sup>227</sup>.

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (LRML) se propuso, a tal efecto, continuando con una dilatada tendencia en la materia, “incentivar la flexibilidad” del mercado de trabajo, y contribuir con ello a la reducción de la llamada “dualidad del mercado laboral”, que da lugar a personas trabajadoras fijas y temporales<sup>228</sup>. Aparece de nuevo el concepto “flexiseguridad”; se persigue equilibrar la llamada “flexibilidad interna” con la “externa”, y se revisan, una vez más, las instituciones de intermediación laboral para mejorar la “empleabilidad de los trabajadores”<sup>229</sup>.

La reforma laboral de 2012 se prolongó en 2013 mediante la promulgación de diversas normas, en su mayoría aprobadas a través de Decreto-Ley, bajo el argumento de su carácter “necesario y urgente”. De este modo, se aprueba la

---

<sup>227</sup> En profundidad, véase: FERRANDO GARCÍA, F. M<sup>a</sup>., “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de derecho social*, n<sup>o</sup>. 61, 2013, pp. 71-94.

<sup>228</sup> No obstante, como ha apuntado la doctrina iuslaboralista, las modificaciones introducidas por la reforma laboral otorgaron mayor poder al empresario en las relaciones individuales y colectivas. En este sentido, véase: FERRANDO GARCÍA, F. M., “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de derecho social*, n<sup>o</sup>. 61, 2013, pp. 71-94; PARDELL VEÀ, A. y CABASÉS PIQUÉ, M. A., “Crisis económica y reforma laboral”, en PEREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (dirs.), *Balance de la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 80. En este sentido, “la contracción financiera que, al igual que el resto de los países europeos, padece España y —sobre todo— la necesidad de obtener mayores cuotas de productividad empresarial repercuten no sólo en la tutela y garantía de los derechos sociales en general sino, de igual forma, en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en la empresa”, en MARÍN ALONSO, I., “El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España”, *Revista latinoamericana de derecho social*, n<sup>o</sup> 23, 2016, p. 57.

<sup>229</sup> En este sentido, véase BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n<sup>o</sup> 94, 1999, p. 168; SIGNORINI, E., “La riforma della protezione contro la disoccupazione e l'incentivo all'autoimprenditorialità in Italia aperture per il lavoro autonomo?”, en SIERRA BENÍTEZ, E. M., (dir.) y MELLA MÉNDEZ, L. (coord.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. III, Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo decente: España, Uruguay, Portugal, Brasil, Italia, Perú*, Peter Lang, Suiza, 2017.

Ley 13/2012, de 26 de diciembre, contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, ley que se estudiará al final de la tesis, mostrando el interés del Estado por proteger el empleo luchando contra el fraude que tan nefastas consecuencias tiene sobre la Seguridad Social; una de las manifestaciones de tales actuaciones fraudulentas es el tráfico ilegal de mano de obra, donde un sujeto se beneficia del trabajo de otro sin ser quien lo contrate directamente.

En el año 2015 se promulgaron diversas disposiciones con rango y fuerza de ley<sup>230</sup>, encaminadas, todas ellas, a seguir transformando el mercado de trabajo. Esta sucesión de cambios legislativos efectuados sobre la materia objeto de estudio, afectó a los principales cuerpos legislativos del ámbito social, instalando la incertidumbre jurídica en el ordenamiento laboral español. Serán objeto de análisis detenido más adelante.

Entre las reformas llevadas a cabo debemos destacar la realizada sobre el trabajo en los puertos españoles, impulsada desde instancias internacionales. La reforma, que analizaremos detenidamente en un apartado de la presente tesis, se produjo tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (STJUE) promovida por la Comisión contra España, por la legislación interna sobre la estiba portuaria, la cual entraba en colisión con el art. 101 Tratado Fundacional de la UE (TFUE) como veremos. Esto dio lugar a la publicación del Real Decreto-ley (RD-L) 4/2017, que al no ser convalidado provocó que para el siguiente hubiese respaldo parlamentario para la aprobación. El RD-L 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), introdujo cambios que reconfiguraron el equilibrio de intereses entre la libertad de empresa, y su flexibilidad, y la seguridad en el trabajo por parte de los actores, como veremos.

---

<sup>230</sup> Entre otras, el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo; y el 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.



Se pretendió, y se ha logrado, que un servicio público perteneciente a un sector monopolizado principalmente por el Estado, fuera reformado integralmente con el fin de permitir la coexistencia de distintos empleadores y empresas dedicadas a la puesta a disposición de personal laboral de la estiba portuaria. Se sigue un camino paralelo, aunque con mayor oposición por la fuerza colectiva de quienes representan a las personas trabajadoras de los puertos, al proceso de liberalización de la intermediación laboral.

## **2.8 Las reformas del Partido socialista Obrero Español 2018-2019**

### **2.8.1 La reforma del trabajo portuario: breve comentario**

Tras la moción de censura promovida por el PSOE, que provocó el cambio de Gobierno que estaba sumido en la inestabilidad política y social, se publicó el Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Con este RD-L se pone fin a un sector monopolizado y se regulariza la situación de los Centros Portuarios de Empleo (CPE), asimilándolos a las ETT. Estos CPE sustituyen a las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios que hasta el momento eran las que se ocupaban del acceso al empleo en los puertos españoles, y que, por ser de naturaleza mercantil, se sometían a lo dispuesto en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) y, supletoriamente, por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital a pesar de dedicarse a la cesión de personal laboral como analizaremos con más detalle posteriormente.

### **2.8.2 El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020**

El 27 de julio de 2018, tras casi dos meses desde la moción de censura llevada a cabo los días 31 de mayo y el 1 de junio de 2018, el Consejo de Ministros aprobó el Plan Director por un Trabajo Digno para el periodo 2018-

2020<sup>231</sup>, que se publicó mediante una resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el BOE el día 28 de julio.

El Plan para un “trabajo digno”, denominación que ha utilizado España en vez de “trabajo decente”, se sustenta en la convergencia de los cuatro pilares del Programa de Trabajo Decente de la OIT que son: en primer lugar, promover el empleo y las empresas; en segundo lugar, garantizar los derechos en el trabajo; en tercer lugar, extender la protección social; y, finalmente, fomentar el dialogo social. El Gobierno pretende, mediante este Plan, garantizar un trabajo con derechos laborales; por ello, en el Plan se indica que “el trabajo decente dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades; es el trabajo que se realiza con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, el que permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, el que se lleva a cabo con protección social, e incluye el diálogo social”. Ciertamente, objetivos y aspiraciones que han de ser materializados a través de acciones concretas donde se aprecien claramente otras aspiraciones anteriormente mencionadas, la flexiseguridad laboral, tras potenciarse la flexibilidad interna de las empresas a través de la reforma de 2012<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> El documento completo está disponible en la página web del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social: [http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/salamultimedia/documento\\_enlaces/PLAN-DIRECTOR-POR-UN-TRABAJO-DIGNO-27\\_07\\_2018.pdf](http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/salamultimedia/documento_enlaces/PLAN-DIRECTOR-POR-UN-TRABAJO-DIGNO-27_07_2018.pdf), consultada el 5 de octubre de 2019.

<sup>232</sup> No obstante, estas reformas han provocado una alteración en las reglas sobre concurrencia de convenios, la estructura de la negociación colectiva y la reciprocidad entre las fuerzas existentes: las empresas y las personas trabajadoras, viéndose favorecidas por esta reforma las empresas. Véase en este sentido, CORREA CARRASCO, M., “La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012, p. 35. Hecho que, según la doctrina científica, incidió en tres aspectos: “1º) La extensión de la posibilidad de descuelgue a otras condiciones laborales distintas a las salariales y el establecimiento de mecanismos dirigidos a garantizar el “desbloqueo” ante la falta de acuerdo con la representación de las personas trabajadoras; 2º) La intensificación de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, que ya no puede ser excepcionada por los acuerdos y convenios a que se refiere el art. 83.2 ET; y, 3º) Y la introducción de cambios que afectan a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo, que se traducen, de un lado, en la posibilidad de renegociación del convenio antes del fin de su vigencia, y en el establecimiento, de otro, de una limitación temporal a la ultraactividad”, en LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>.C., “Externalización de servicios y negociación colectiva descentralizada: herramientas combinadas para la devaluación de las condiciones laborales y el aumento de las situaciones de pobreza”, Comunicación al Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo, 7 y 8 de febrero, Sevilla, 2019, p. 5. En este sentido, véase: GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La concurrencia de

El Plan recoge muchas de las demandas realizadas por las organizaciones sindicales tras un momento de crisis económica y en medio de una crisis institucional, provocada en cierta medida por las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis económica que había provocado, como hemos visto, un aumento del desempleo. Entre las medidas adoptadas, como ya se ha señalado, se encuentran las contenidas en el RD-L 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que fue posteriormente confirmado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Con el Plan se pretende frenar el impacto de estas medidas, que ampliaron el poder del empresariado facilitando, por ejemplo, el despido y la flexibilidad interna de la empresa con el objetivo declarado de alcanzar el equilibrio entre los intereses empresariales y los de las personas trabajadoras en el marco de un Estado social y democrático de Derecho<sup>233</sup>.

En el Plan se expresa la ineficiencia e ineficacia de las medidas adoptadas para crear empleo “a un ritmo significativo”, provocando el “deterioro del mercado de trabajo”. Quizás habría sido más acertado decir que se ha deteriorado la vertiente laboral del mercado de trabajo ya que con las medidas se pretende potenciar, y en cierta medida se consiguió, el poder empresarial, es decir, la vertiente económica del mercado laboral. El reto, en nuestra opinión, es conseguir el equilibrio de “las dos caras”, la vertiente laboral y la económica, de “una misma moneda”, el mercado laboral. Ciertamente, con las medidas legislativas adoptadas no se aspiró a un trabajo decente o digno ya que aumentó la temporalidad laboral al mismo ritmo que se incrementó la utilización de empresas auxiliares en el proceso productivo<sup>234</sup>. En el plan se menciona que la temporalidad “ha repuntado en los últimos años, y además se ha incrementado en su forma más extrema, con contratos de muy corta duración”, a lo que hay

---

convenios tras la reforma de la negociación colectiva”, en GORELLI HERNÁNDEZ J. y MARÍN ALONSO, I., (Coords.), *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 71.

<sup>233</sup> En este sentido, véase CABERO MORAN, E., “El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020: objetivos y medidas”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad laboral*, 2018, p. 103.

<sup>234</sup> Ciertamente, como ha manifestado un sector de la doctrina, parte del éxito de estas empresas en España se debe a la alta temporalidad. En este sentido, véase: SELMA PENALVA, A., “La prestación internacional de servicios a través de ETT”, cit., p. 412.

que añadir el aumento del trabajo “a tiempo parcial involuntario”. Si la reducción de la tasa de paro se sustenta bajo conceptos de temporalidad y trabajo a tiempo parcial, indudablemente, es osado hablar de que el trabajo en España es decente o digno.

El Plan, en definitiva, tiene como objetivo principal “recuperar los derechos laborales y mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo” del que se desprenden dos objetivos, reforzar la sostenibilidad de la Seguridad Social y sus prestaciones; y, fortalecer la competencia leal entre empresas en el mercado de trabajo, luchando contra el fraude a la Seguridad Social ya que el fraude económico, además de inaceptable en todos sus sentidos (Laboral/Hacienda), es socialmente injusto para todos los actores de la relación laboral, como analizaremos al final del presente estudio para fundamentar la necesidad de persecución del tráfico ilegal de mano de obra.

## **II. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL**

### **1. EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO**

#### **1.1 Introducción**

La crisis del petróleo que, en mayor o menor medida, afectó a todos los países del mundo, se sumó, en España, al convulso momento que atravesaba el país tras la muerte de Francisco Franco. Como apuntábamos, en aquel momento existía, no solo una crisis económica, sino también una crisis social y política que requería esfuerzos y sacrificios por parte de los representantes políticos. A diferencia de la clase política actual, la madurez y pericia de las fuerzas políticas con representación parlamentaria que intervinieron en 1977 hizo posible la redacción del Acuerdo económico y del Acuerdo político que se conoce como “Los Pactos de la Moncloa”. La crisis, descrita como establece la presentación de los documentos, sería la razón histórica de los pactos, en tanto en cuanto se contempla como el resultado de un proceso previo. No obstante, como también se apuntaba en el texto, los mismos no finalizan en ellos, sino que

requieren su materialización. Motivo por el cual se publicaron y se dieron a conocer a la ciudadanía, siendo esta la encargada de exigir a los representantes el cumplimiento de lo acordado.

En 1978, como consecuencia de los Pactos de la Moncloa, en los que se acordó la reforma institucional de la Seguridad Social, se creó un nuevo servicio público de empleo que, con la aprobación del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, se integró en el Instituto Nacional de Empleo (en adelante, INEM). La historia volvió a repetirse; como ocurrió tras los sucesos de Saida, en un momento de inestabilidad, fue necesaria la intervención estatal en el mercado laboral; los servicios públicos de empleo seguirán inadaptados, por no adaptarse a la realidad al mismo ritmo que lo hace la economía y la sociedad en la que intervienen<sup>235</sup>.

## **1.2 El Sistema Nacional de Empleo en la Ley de Empleo 3/2015: Concepto, instrumentos, principios y funciones**

Para conocer exactamente qué entiende nuestro ordenamiento por Sistema Nacional de Empleo (SNE), es preciso acudir a la LEmp. Su art. 6 establece que este será “el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo” <sup>236</sup>. La doctrina, como primera

---

<sup>235</sup> No parece que en materia de servicios públicos de empleo se haya definido y establecido, de forma clara, el modelo por el que se opta institucionalmente. En las “Jornadas europeas sobre servicios públicos de empleo y política de empleo”, celebradas en Madrid en diciembre de 1983, se reflexionó sobre los modelos alternativos de servicios públicos de empleo. Uno de los ponentes consideró, principalmente, dos formas de aproximarse a dicha reflexión: una aproximación “comparativa”, donde se presentan de manera paralela distintos modelos, tal y como son percibidos, discutiendo sus ventajas e inconvenientes; y, otra aproximación “crítica”, la cual partía de la constatación de que, en Europa, los servicios públicos de Empleo atravesaban una crisis de identidad, estando inadaptados a las necesidades del momento. La aproximación crítica abre la vía a un análisis de las razones de esta inadaptación y de la función que la sociedad espera de ellos. En este sentido, véase RICCA, S., “Modelos alternativos de servicios de empleo: aspectos institucionales”, en *Jornadas Europeas sobre servicios públicos de empleo y políticas de empleo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, p. 25.

<sup>236</sup> La doctrina científica ha manifestado que nada impedía que, en el marco de las políticas de empleo, se imponga, a través del ordenamiento jurídico, la contratación se lleve a cabo a través de los servicios públicos de empleo, en este sentido, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., “El reconocimiento de otros intermediarios en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin

aproximación al concepto, lo ha definido como “un tipo particular de operador del mercado de trabajo, de naturaleza pública, aunque con diversos posibles estatus jurídicos, y que acumula una serie de funciones relacionadas con la ocupación desempeñando un papel protagonista en este mercado”<sup>237</sup>. Dentro del SNE, se integran, por un lado, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y, por otro lado, los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas (SPECCAA).

El SNE tiene una serie de fines determinados que la propia LEmp establece en su art. 7.1. El apartado b) de este precepto establece que el SNE ofrecerá un servicio de empleo público y gratuito a personas empleadas y empleadoras que sea capaz de captar las ofertas de empleo del mercado de trabajo, sobre la base de una atención eficaz y de calidad con vistas a incrementar progresivamente sus tasas de intermediación laboral. Este fin, como más adelante veremos, puede ser vulnerado por la implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la intermediación. Además (apdo. c), por un lado, facilitará la información necesaria que permita a las personas demandantes de empleo encontrar un trabajo o, mejorar sus posibilidades de ocupación; esta información es fácilmente accesible desde cualquier lugar del mundo a través del portal de internet del SEPE, siendo actualizada diariamente gracias a los medios digitales de comunicación e información. Por otro lado, continua el precepto, facilitará a los sujetos empleadores la contratación de aquellas personas que mejor se adecuen a sus necesidades, asegurándose en todo momento el principio de igualdad en el acceso de ambos actores a los servicios que presta el SEPE<sup>238</sup>.

---

fines lucrativos”, en BAYLOS GRAU, A., (coord.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 52.

<sup>237</sup> CALVO GALLEGO, F. J., *Colocación y servicios de empleo*, Consejo Económico y Social, 2011, pp. 9-10. Sobre las posibles funciones a desempeñar por los servicios públicos de empleo, véase AVELING, J., “La función de los servicios públicos de empleo en las condiciones actuales del mercado de trabajo”, en *Jornadas Europeas sobre Servicios Públicos de Empleo y Política de Empleo*, Madrid, 12-16 diciembre 1983, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, pp. 15-24.

<sup>238</sup> La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha desempeñado un papel fundamental en la creación y desarrollo de estos operadores del mercado laboral que son los servicios públicos de empleo. La doctrina, a partir de la caracterización llevada a cabo por la OIT, ha señalado las funciones principales que desempeñan los servicios públicos de empleo. Estas funciones son: facilitar la puesta en contacto de oferta y demanda de mano de obra, llevar a cabo

Aparte de fomentar y ofrecer un SEPE gratuito que facilite la conexión entre quienes emplean y las personas demandantes de empleo, debemos destacar el fin recogido en el apdo. d), que establece que el SNE asegurará que los servicios públicos de empleo, dentro de sus competencias, apliquen las políticas activas de empleo y de intermediación laboral de acuerdo a los principios constitucionales recogidos en el art. 9 CE de igualdad y no discriminación.

Para asegurar que se cumplen los fines establecidos en la Ley, la misma establece que será objeto de evaluación periódica para, de este modo, adecuar sus estructuras, medidas y acciones a las necesidades reales del mercado laboral. Asimismo, los poderes públicos asegurarán, dentro de sus competencias, que se cumplan los fines establecidos.

Para poder llevar a cabo tales fines, el SNE requiere de órganos, los cuales se encuentran contemplados en el art. 8 LEmp. Estos son: la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales; y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo. El primero es el instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración General del Estado y las administraciones autonómicas en materia de política de empleo y de formación profesional. El segundo es el órgano consultivo y de participación institucional en lo referente a políticas de empleo y de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. Por ello, en él se integran un representante por cada Comunidad Autónoma y, por el mismo número de personas de la Administración General del Estado, organizaciones empresariales y sindicales más representativas, desarrollándose y determinándose, mediante reglamento, sus funciones.

Establecidos los fines y órganos de funcionamiento, son necesarios instrumentos o mecanismos de coordinación del SNE (art. 9). Esta coordinación se realiza, principalmente, a través de la Estrategia Española de Activación para el empleo (art. 10), los Planes Anuales de Políticas de Empleo (art. 11) y el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (art. 12).

---

un control estadístico del mercado, facilitar la formación profesional de las personas afectadas y desarrollar políticas activas de empleo. En este sentido, véase, CALVO GALLEGOS, F. J. (2011), *Colocación y servicios de empleo*, Consejo Económico y Social, p. 10.

## 2. LOS AGENTES DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

### 2.1 La liberalización de la intermediación laboral: el fin del monopolio público

El mercado de trabajo en España ha sufrido un paulatino proceso de liberalización<sup>239</sup>. No es una novedad la participación del sector privado en el ámbito público, concretamente en materia de empleo, a través, por ejemplo, de la aprobación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, sobre medidas urgentes para el crecimiento, competitividad y eficiencia, que posteriormente se transformó en la Ley 18/2014, de 15 de octubre<sup>240</sup>. Esta paulatina incorporación de entidades privadas en la gestión de ámbitos estratégicos, como es la política de empleo y los servicios de empleo, es considerada por un sector de la doctrina como una adecuada respuesta para aprovechar de manera más eficiente la información, experiencia y cartera de empleos o clientes que aquellas ofrecen<sup>241</sup>. Sin embargo, esta, más que una respuesta puede ser un medio cuya finalidad,

---

<sup>239</sup> En Italia, al igual que en España, en los años sesenta existía un monopolio público de la colocación. La intermediación y la interposición de mano de obra de forma privada estaban prohibidas en virtud de la Ley nº 1369/1960. Sin embargo, el problema de Italia ante la creciente necesidad de desbloquear el estancamiento productivo y de prever situaciones contractuales más flexibles, se tradujo en la aprobación de la Ley nº 196/1997 (*Pacchetto Treu*), que incorporó, además del trabajo temporal, las primeras modificaciones de la citada prohibición. En concreto, se alivió la rígida regulación de la cesión de mano de obra y de la intermediación, considerando que eran ilícitas sólo en función de la naturaleza ilegítima o legítima del intermediario. Posteriormente, con la derogación de la Ley nº 1369/1960 por el Decreto Legislativo nº 276/2003, se estableció la supresión total de la prohibición original de la cesión de mano de obra, alcanzando la plena liberalización del sector, como en España. El Decreto Legislativo nº 81/2015, suprimió el concepto de “adecuación fraudulenta”, y el Decreto Legislativo nº 8/2016, ha despenalizado las interposiciones irregulares. Por último, la Ley nº 199/2016 en materia de explotación de mano de obra, reformó el artículo 603 bis CP Italiano, tipificando la punibilidad por el delito específico de explotación de mano de obra no sólo para el intermediario sino también para el receptor o usuario.

<sup>240</sup> Las continuas reformas del mercado de trabajo, según MONTOYA MELGAR, A. “Crisis económica y reforma laboral en España”, cit., p. 683, manifiesta, que “las que comúnmente se denominan “reformas del mercado de trabajo” (nombre que se encuentra incluso en la denominación oficial de muchas normas laborales) son en realidad más bien reformas del Derecho del Trabajo, por más que tengan su lógica incidencia sobre el llamado, con algún exceso economicista, mercado laboral”. Asimismo, una crítica más extensa de lo que el autor llama “formula infeliz del mercado de trabajo”, la encontramos en SUAREZ GONZALEZ, F. *Las reformas laborales*, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, nº 88, año LXIII, curso 2010-2011, p. 251.

<sup>241</sup> GARCÍA SOLANA, M.J., *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral (2010-2016): el caso del servicio público de empleo estatal y agencias de colocación*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, p. 97.



lejos de ser la de favorecer los intereses de oferentes y demandantes de empleo, puede ser la de impulsar la mercantilización y privatización de las relaciones laborales<sup>242</sup>.

Han sido distintas las fases seguidas hasta llegar a la actual liberalización de la intermediación laboral. En un primer momento, no había intervención estatal en el mercado laboral. Como más arriba se señaló, sucesos penosos provocaron que el Estado interviniese, en el siglo XIX, en el mercado laboral para evitar abusos sobre las personas trabajadoras, así como para facilitar a los sujetos oferentes de empleo, mano de obra acorde a sus necesidades. Posteriormente, el Estado, que era el titular del monopolio en materia de intermediación laboral, regula los operadores que pueden actuar en el mercado laboral en lo referente a la intermediación, con una inicial prohibición de los agentes privados y con ánimo de lucro, actualmente permitidos. Nos encontramos, en fin, ante un proceso de desregularización en lo referente a servicios públicos de empleo; una (re)regularización para los operadores y su ámbito de actuación; e instrumentos de contratación que facilitan la gestión privada de programas y servicios públicos<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> En el año 2010, el Nobel de Economía fue concedido a los profesores Diamond, Mortensen y Pissarides, quienes desarrollaron la teoría de búsqueda y emparejamiento ("*Matching theory*"), aplicada principalmente en el ámbito laboral. Sobre esta teoría puede verse SUÁREZ CANO, P., *El Servicio Público de Empleo en España: ensayos desde una perspectiva regional*, 2011. pp. 8, 10 y 12, donde se señala lo siguiente: "Estos autores consideran el mercado de trabajo como un lugar donde las personas trabajadoras buscan empleo seleccionando la mejor oferta disponible y las empresas buscan cubrir sus vacantes con la mejor persona para el puesto vacante. Este modelo ha supuesto una ruptura con las teorías tradicionales, ya que tiene en cuenta el coste de la búsqueda de empleo, la existencia de información imperfecta de vacantes y la relevancia de la duración del empleo. Tradicionalmente, los economistas laborales se han centrado en justificar la existencia de intermediarios en el mercado de trabajo argumentando que la presencia de estos reduce los costes de transacción en el mercado de trabajo. En esta línea destacan los trabajos Pissarides (1979), Yavas (1994) y Kübler (1999), entre otros. La idea común a todos ellos es que la existencia de intermediarios en el mercado de trabajo, tanto públicos como privados, incrementa la eficiencia en el proceso de intermediación reduciendo los costes de transacción asociados a la búsqueda de empleo y recopilación de la información. El mercado de trabajo no es un mercado perfecto en el sentido walsariano, sino que existen singularidades propias, una de las cuales es el valor que adquiere la información". "En definitiva, en el marco de la actividad que desarrollan los Servicios Públicos de Empleo, la intermediación laboral mejora en la medida en que los trabajadores obtienen información sobre las vacantes disponibles registradas para que las oficinas de empleo gestionen la búsqueda del candidato más adecuado, así como de las vacantes difundidas a través del SPE".

<sup>243</sup> En este sentido, véase GARCÍA SOLANA, M.J., *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral (2010-2016): el caso del servicio público de empleo estatal y agencias de colocación*, cit., p. 97, autora que está en la línea planteada por MONTOYA MELGAR, A., "Crisis económica y reforma laboral en España", cit., p. 682, para quien

## 2.2 Concepto y principios básicos de la intermediación laboral

El art. 31.1 LEmp establece el concepto de intermediación laboral, precisando que esta es “el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación”. La finalidad, como originalmente se planteó, consiste en proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características, evitando desplazamientos innecesarios a otros países y, facilitar a los sujetos oferentes de empleo las personas trabajadoras más apropiadas a sus necesidades.

Por su parte, la actividad de recolocación, conforme al art. 31. 2 de la citada norma, es “la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación”. Finalmente, el art. 31.3 LEmp señala que, con independencia de qué agente realice el servicio, la intermediación laboral tiene carácter de servicio público<sup>244</sup>.

Los principios básicos de la intermediación laboral están contemplados en el art. 34 LEmp. En el punto primero se establece que la intermediación laboral, así como las acciones de intermediación que puedan llevar a cabo otras entidades colaboradoras, se tiene que prestar de acuerdo a los principios de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y la no discriminación. Además, se ha de garantizar la plena transparencia en el funcionamiento de los servicios públicos de empleo, agencias y entidades participantes en la intermediación laboral. Su

---

“el Derecho del Trabajo es, desde sus orígenes, no tan lejanos, un ordenamiento basado en la idea de “reforma”.

<sup>244</sup> Existen diversas definiciones de servicio público provenientes de la doctrina civilista. Garrido Falla, recogiendo el concepto tradicional de Jordana de Pozas señala que el servicio público es la “*actividad de prestación (de bienes materiales o inmateriales) con o sin monopolio y en régimen de Derecho Público o de Derecho Privado*”, en OLARTE ENCABO, S., “Calidad de los servicios públicos y estándares laborales. Especial referencia a seguridad y salud laboral y a conciliación familiar”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2016, nº. 135, p. 152.

actuación, en el tratamiento de los datos de las personas trabajadoras, se someterá a la normativa aplicable.

Con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los principios establecidos, los servicios públicos de empleo tienen que garantizar que el proceso específico de selección y casación entre oferta y demanda de trabajo corresponda, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación.

En el caso de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo pueden contar con entidades colaboradoras especializadas para el proceso referido anteriormente.

A pesar de que los servicios públicos de empleo asumen la dimensión pública de la intermediación laboral, pueden establecer con otras entidades y con agencias de colocación, convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación que tengan por objeto favorecer la colocación de demandantes de empleo.

La intermediación laboral se tiene que realizar de forma gratuita para las personas trabajadoras y sujetos empleadores, ya sea realizada dicha intermediación por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o, a través de las entidades o agencias de colocación cuando realicen actividades incluidas en el ámbito de la colaboración.

La intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo, garantizará a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a esta ninguna contraprestación por los mismos<sup>245</sup>.

A efectos de la intermediación que realicen los servicios públicos de empleo y, en su caso, las entidades colaboradoras de los mismos y de la ejecución de los programas y medidas de políticas activas de empleo, tienen, exclusivamente, la consideración de demandantes de empleo, quienes se inscriban como tales en dichos servicios públicos de empleo.

---

<sup>245</sup> Art. 5, apartado c) RDAC y art. 7.1, apartado b) LEmp.

## **2.3 Agentes de intermediación laboral**

El art. 32 LEmp, como ya se ha señalado, establece que la intermediación en el mercado de trabajo se realizará a través de los servicios públicos de empleo (estatal y autonómicos), las agencias de colocación, y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para las personas trabajadoras en el exterior. A continuación, se analizan estos agentes.

### **2.3.1 Servicios Públicos de Empleo: estatal y autonómicos**

La creación del INEM supuso la culminación de un proceso de racionalización administrativa del empleo<sup>246</sup>. Se integró en un solo organismo la gestión de las prestaciones por desempleo, las oficinas de colocación, la gestión de las subvenciones de contratación y la formación profesional no reglada. Esta centralización y unificación de servicios provocó la absorción, por parte del INEM, de otros organismos y su consiguiente desaparición, como fue el caso del Servicio de Empleo y Acción Formativa (SEAF), la Promoción Profesional Obrera (PPO) y la Obra de Formación Profesional de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales (AISS). Estos organismos perdieron su condición tras la aprobación del RDL 36/1978 de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo (art. 5.1, párrafo 1º).

El INEM pasa a ser el único agente de intermediación laboral en régimen de exclusividad hasta la reforma laboral de los años noventa. Así pues, en época de inestabilidad social, económica y política, se considera la opción más adecuada la unificación de la gestión de prestaciones y servicios laborales, máxime cuando se trata de materias de gran repercusión e importancia como es la colocación de personas trabajadoras, en definitiva, conectar y conocer a quienes ofrecen empleo con quienes lo demandan.

Como ya se señaló, en España, el origen del actual Sistema Público de Empleo se encuentra a finales de los setenta, con “los Pactos de la Moncloa”. En el año 1993 se inicia una reforma que, legislativamente, se completa con la

---

<sup>246</sup> SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., “El modelo de colocación español. Evolución y adaptación legislativa”, *EKONOMIAZ. Revista vasca de Economía*, 2018, vol. 93, nº. 1, p. 32.

aprobación de la Ley 56/2003, de 16 de septiembre, de Empleo (actualmente derogada por la LEmp 2015). Durante esos diez años, la normativa en materia de empleo permanece prácticamente inalterada<sup>247</sup>. Es con la LEmp, de 2003, con la que se acometen cambios significativos, tales como la legalización de las agencias privadas de colocación no lucrativas o la descentralización autonómica.

En definitiva, durante estos más de veinte años, el sistema público de empleo sufre una centralización y unificación de organismos para dar respuesta a los problemas del mercado de trabajo, que una vez se asienta, en época de bonanza económica y, por tanto, también laboral, sufre una transformación permitiendo la creación de agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro y una descentralización de los servicios a favor de las comunidades autónomas. Es decir, se diseña un Sistema de Servicio Público de Empleo que permite la coexistencia del Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de las Comunidades Autónomas.

### **2.3.2 Agencias de colocación**

Las agencias de colocación se encuentran reguladas en la LEmp, de 2015 y en el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (RDAC). El art. 33 LEmp establece que, a efectos de lo previsto en esta ley, se entiende por agencia de colocación aquella entidad pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que realice actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal. Por su parte, el art. 2.1 RDAC establece que “a efectos de lo previsto en esta norma, se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que, en coordinación y, en su caso, colaboración con el servicio público de

---

<sup>247</sup> El régimen de políticas de empleo y el sistema de empleo público, a excepción de la supresión de algunos preceptos de la Ley 51/1980, 8 de octubre, Básica de Empleo, contenidos en el Título II “de los sistemas de protección por desempleo” permanece vigente hasta a aprobación de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

empleo correspondiente, realicen actividades de intermediación laboral que tengan como finalidad proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades”.

Las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad a que se refiere el art. 31.2 LEmp. En este sentido, el art 2.2 del RDAC, establece que “Las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación”.

### **2.3.2.1 Obligaciones de las agencias de colocación**

Las obligaciones que deben cumplir las agencias de colocación están contempladas en el art. 5 RDAC. Inicialmente eran 15 las obligaciones que tenían que cumplir. En un primer momento, el RDAC previó que las agencias de colocación tenían que contar con autorización previa del servicio público de empleo correspondiente, manteniendo las condiciones y requisitos que posibilitaron la concesión de dicha autorización. Sin embargo, en 2014, se aprobó la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, norma que sustituyó la solicitud de autorización previa ante los servicios públicos de empleo, por la mera presentación de una declaración responsable en el servicio de empleo correspondiente<sup>248</sup>. En el supuesto de que la intermediación se llevase a cabo sin dicha declaración responsable, se cometerá una infracción muy grave, tipificada en el art. 16.1.a) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones

---

<sup>248</sup> Art. 117. Dos, Ley 18/2014, que modifica el art. 21 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

en el Orden Social (en adelante, LISOS). Igualmente, en un primer momento, en caso de que la agencia de colocación quisiera ampliar su ámbito de actuación tenía que solicitar autorización para ello a la Administración, excepto si su actividad se desarrollara exclusivamente a través de medios electrónicos. Actualmente, esta declaración responsable se realiza ante el SEPE, si su ámbito de actuación abarca varias Comunidades Autónomas o si se trata de agencias que desempeñan su actividad exclusivamente a través de internet; o, ante la Oficina del Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma, si solo lo desempeña en dicha Comunidad.

Conviene recordar que nos encontramos ante un servicio público de empleo de carácter gratuito; por ello, se debe garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios, tanto en la intermediación laboral, como en otras actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo. Esta gratuidad es uno de los fines que se establecen en el art. 7.1 LEmp. En este sentido, es preciso llevar una contabilidad separada para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad. Esta obligación de garantizar la gratuidad de los servicios prestados por la agencia de intermediación a todas las personas trabajadoras y sujetos empleadores<sup>249</sup>, es decisiva en orden a diferenciar la infracción administrativa del delito, como más adelante se justificará.

Además, se habrá de garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos, atendiéndose, para ello, a la normativa aplicable en materia de protección de datos de carácter personal. En el marco de la planificación general que se establezca en el SNE y, en coordinación con los Servicios Públicos de Empleo, las agencias de colocación tendrán que elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de personas desempleadas que pertenezcan a colectivos prioritarios<sup>250</sup>. Obviamente, también se habrá de observar la normativa vigente en materia

---

<sup>249</sup> La gratuidad debe afectar además de a lo referente a la búsqueda de empleo, a aquellos otros servicios relacionados con dicha búsqueda, como es el caso de la orientación e información profesional, cualquier otro servicio subvencionado con fondos públicos o, a la formación de personas trabajadoras.

<sup>250</sup> Colectivos prioritarios son los mencionados en el art. 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre

laboral, de Seguridad Social, así como de accesibilidad universal de personas con discapacidad. Asimismo, se ha de vigilar que la relación entre la característica del puesto ofertado y el perfil académico y/o profesional requerido sean correctos.

Las agencias de colocación están sujetas al control e inspección por parte de los servicios públicos de empleo, de acuerdo con la normativa vigente, así como a las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y otros órganos de control. En lo referente al régimen de declaración responsable, se atenderá a lo establecido en la LEmp., en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 69/2018, de 21 de junio, que declara inconstitucional, y por tanto nulo el art.117.2 de la Ley 18/2014, que modifica el art. 21 bis de la LEmp de 2003, al considerar las alegaciones realizadas por la Generalidad de Cataluña, que defendió que la reserva suponía “una invasión de sus competencias de gestión derivadas del artículo 149.1.7 CE (ejecución de la legislación laboral) y 170.1 d) EAC, que atribuye a la Comunidad Autónoma de Cataluña la competencia sobre la «intermediación laboral, que incluye la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Cataluña”, concluyendo la STC que: “De acuerdo con la doctrina de este Tribunal (por todas, STC 143/2017, de 14 de diciembre, FJ 1), esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad debe proyectarse sobre el inciso equivalente del vigente artículo 33.2 del texto refundido de la Ley de empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre”<sup>251</sup>. Por lo que debemos interpretar que, tras la declaración de inconstitucionalidad, la declaración responsable se presentará ante en el Servicio de Empleo de cada Comunidad Autónoma si la agencia realiza su actividad desde centros de trabajo

---

<sup>251</sup> La STC 69/2018, de 21 de junio (RTC/2018/4045), en el fallo de la misma procede a: “Declarar inconstitucional y nulo el siguiente inciso del art. 117.2 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, por el que se da nueva redacción al art. 21 bis.2 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo: «Esta declaración responsable se presentará ante el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad desde centros de trabajo establecidos en dos o más Comunidades Autónomas o utilizando exclusivamente medios electrónicos o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia pretenda desarrollar su actividad desde centros de trabajo establecidos únicamente en el territorio de esa Comunidad». Declaración que ha de extenderse al inciso del mismo tenor del art. 33.2 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de empleo”.



establecidos en dos o más Comunidades Autónomas, sin necesidad de presentarlo en el SEPE.

En el desarrollo de sus actividades, las agencias de colocación, en todo lugar donde figure su nombre, tendrán que hacer costar la condición de agencia de colocación autorizada, así como el número de autorización. El servicio público de empleo que conceda la autorización será el que establezca los términos en los que hacerlo.

Las agencias de colocación han de disponer de sistemas informáticos que sean compatibles, además de complementarios, con el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo. De esta forma, se ha de suministrar información sobre la actividad de la agencia y las ofertas y demandas de trabajo, al menos, una vez al mes y, exclusivamente por medios electrónicos<sup>252</sup>. Esta medida permite a las personas usuarias acceder a través de internet o de aplicaciones instaladas en los dispositivos móviles, a las ofertas de empleo nacionales e internacionales, y conocerlas con exactitud. Anualmente, las agencias de colocación habrán de presentar, durante el primer trimestre de cada ejercicio, una memoria con las actividades llevadas a cabo. Estas memorias permitirán disponer de una base de datos histórica con datos veraces y fiables que permitan llevar a cabo investigaciones para la mejora del servicio.

### **2.3.2.2 Seguimiento y evaluación**

El art. 7.1 RDAC establece que los servicios públicos de empleo, sobre las agencias de colocación que operen en su territorio, tendrán que realizar un seguimiento y evaluación de las actividades que realicen. En cuanto a aquellas que hayan suscrito un convenio de colaboración, el seguimiento y evaluación será específico y de acuerdo a lo establecido en el art. 20 RDAC. Llevarán a cabo la debida coordinación de estas acciones, de seguimiento y evaluación, a través de los órganos e instrumentos del SNE.

---

<sup>252</sup> Véase, art. 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Los órganos de participación del SEPE y de los SPECCAA, en relación con sus respectivos ámbitos de gestión, serán informados periódicamente de las autorizaciones de agencias de colocación y de las actividades realizadas.

## **2.4 Las Empresas de Trabajo Temporal como agencias de colocación**

El art. 33.6 LEmp establece que las ETT pueden actuar como agencias de colocación siempre que cumplan con la regulación establecida en el propio reglamento y en las disposiciones que lo desarrollan, incluida la obligación de garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios.

Ciertamente, debe llevar a cabo actividades de formación para la cualificación profesional, así como actuar como asesoría y consultoría en materia de recursos humanos. En todo caso, cuando una ETT actúa como agencia de colocación, debe cumplir con los mismos requisitos y obligaciones impuestas a las agencias de colocación, estando obligadas a informar expresamente en cada caso si actúan como ETT o como agencia de colocación.

Principalmente, la diferencia entre una agencia de colocación y una ETT reside en que las agencias de colocación se dedican a conectar las ofertas de empleo que recibe con las demandas trabajo por parte de las personas desempleadas que, recordemos, deben estar inscritas como demandantes de empleo. En caso de ser seleccionada para el puesto, la persona trabajadora es contratada directamente por la empresa que requirió sus servicios, manteniendo, por tanto, con dicha empresa una relación laboral y siendo ésta la que le paga el salario y cumple con las obligaciones en materia de Seguridad Social. Por su parte, las ETT, cuando actúan como tales, además de poner en contacto a quienes ofertan trabajo con quienes lo demandan, es la propia ETT la que contrata a la persona trabajadora para “ponerla a disposición” de la empresa usuaria durante el tiempo que necesite sus servicios; así pues, la relación laboral la mantiene la persona trabajadora con la ETT. No obstante, si la ETT actúa como agencia de colocación, la relación laboral de la persona trabajadora se establece con la empresa que recibe sus servicios.

El Pleno del Tribunal Constitucional, en Sentencia 69/2018, de 21 de junio de 2018, ha dado respuesta al recurso de inconstitucionalidad 283-2015, Interpuesto por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, en relación con la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que modificaba, entre otras normas, la LEmp. La citada sentencia declaró inconstitucional y nulo el art. 33.2 LEmp.

Por tanto, cuando en una ETT, una persona física o jurídica dentro de ella, desee actuar como agencia de colocación, simplemente deberán presentar, con carácter previo al inicio de la actividad, una declaración responsable ante el SEPE si esta desea llevar a cabo su actividad utilizando únicamente medios electrónicos o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia desarrolle su actividad desde centros de trabajo establecidos solo en el territorio de esa Comunidad o desde centros de trabajo establecidos en más de una Comunidad Autónoma. El Tribunal Constitucional aceptó la tesis planteada por la Generalidad de Cataluña<sup>253</sup>.

## **2.5 Las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo**

El art. 16 RDAC señala que las agencias de colocación que cuenten con autorización –recuérdese que la autorización fue sustituida por la presentación previa de la declaración responsable- pueden ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, lo que les permite percibir

---

<sup>253</sup> El argumento legal de la Generalidad de Cataluña, según se recoge en la sentencia, contra el párrafo declarado inconstitucional (“Esta declaración responsable se presentará ante el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad desde centros de trabajo establecidos en dos o más Comunidades Autónomas o utilizando exclusivamente medios electrónicos o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia pretenda desarrollar su actividad desde centros de trabajo establecidos únicamente en el territorio de esa Comunidad”) fue el siguiente: “El Gobierno de la Generalitat entiende que esta reserva de competencias ejecutivas al Estado no respeta la jurisprudencia constitucional sobre la supraterritorialidad como criterio delimitador de competencias, en la medida en que en este caso era «perfectamente posible» encontrar un punto de conexión con las Comunidades Autónomas, en particular el de la sede de la empresa o el lugar donde se desarrolla de forma principal la actividad”. Véase: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/25/pdfs/BOE-A-2018-10511.pdf>, consultado el 10 de enero de 2019.

financiación de los mismos mediante la suscripción del convenio de colaboración que prevé el art. 17 RDAC.

El SEPE puede suscribir un convenio con las agencias de colocación que puedan actuar en los territorios en el que no se haya producido un traspaso de competencias en materia de intermediación laboral a la Comunidad Autónoma, siendo competente para la firma de dicho convenio, quien ostente la titularidad de la Dirección General del Organismo.

El art. 17 RDAC establece las obligaciones de las agencias de colocación como entidades colaboradoras, disponiendo que las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los SEPE tienen que cumplir, además de con las obligaciones establecidas en el art. 5, con las obligaciones específicas que se determinan en el art. 17. Estas obligaciones que han de observar para desarrollar su actividad, sujetas a lo establecido en el convenio de colaboración, determinan que las agencias colaboradoras de colocación tienen que suministrar la información que se contemple en el convenio de colaboración, enviando, específicamente, la información relativa a las personas atendidas y sus perfiles, así como la relación con las ofertas de empleo y los perfiles que corresponden con las mismas.

Además, tienen que comunicar las incidencias que se produzcan en relación con las obligaciones de las personas trabajadoras y de las personas solicitantes y beneficiarias de prestaciones por desempleo, previstas en el art. 231.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, remisión que actualmente se ha de entender hecha a los arts. 297 y 299 LGSS 2015. Otras obligaciones se contienen en el art. 41 LEmp y el art. 28 Real Decreto 625/1985.

La comunicación se realizará, a efectos de valoración, por parte de los servicios públicos de empleo, de los posibles incumplimientos que pudieran derivarse de tales incidencias y, de adopción de las medidas pertinentes. A este respecto, procede recordar que las agencias colaboradoras deberán llevar a cabo su actividad de acuerdo a lo establecido en el convenio de colaboración en los términos y condiciones señalados en el propio convenio, garantizando a las

personas trabajadoras y sujetos empleadores la gratuidad de los servicios prestados, como se establece en el art. 7.1, apartado b) LEmp.

Entre las obligaciones de las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, si se trata de entidades con ánimo de lucro, se encuentra el que deben realizar, al menos, un 40% de su actividad con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo; en caso de tratarse de entidades sin ánimo de lucro, deben acreditar que realizan, al menos, un 10% de su actividad con fondos que no provengan de los servicios públicos de empleo, establecido por el art. 17, f) RDAC<sup>254</sup>.

Por todo ello, las agencias están sujetas a las acciones que pudieran realizar los servicios públicos de empleo encaminadas a efectuar el control de las actuaciones objeto del convenio de colaboración, según lo establecido en su art. 20.

El art. 18 RDAC, por su parte, establece que el objeto de los convenios será la determinación de las actividades a desarrollar por las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, teniendo los convenios, como mínimo, el siguiente contenido: el ámbito de aplicación, la duración, que podrá ser de uno o dos años, la descripción de las acciones concretas a desarrollar la forma de financiación de las acciones objeto de convenio, con expresión de su vinculación a los resultados fijados, los medios materiales, humanos y económicos que empleará la agencia para acometer las acciones previstas, los colectivos de demandantes destinatarios de los servicios, el seguimiento y evaluación, la definición de los sistemas de comunicación de la información, los mecanismos de comunicación para dar cumplimiento a lo establecido en el art. 17.b), los indicadores de eficacia definidos en función de lo establecido en la Disposición adicional primera y, el procedimiento y trámite para su modificación, así como la determinación de las causas de su extinción.

Los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas comunicarán al SEPE los convenios que hayan suscrito en su ámbito territorial

---

<sup>254</sup> Para más información, véase: [http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia\\_1/contenidos/guia\\_1\\_3\\_3.htm](http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_1/contenidos/guia_1_3_3.htm), consultada el 16 de abril de 2019.

a efectos de su conocimiento y comunicación a los órganos e instrumentos del Sistema Nacional de Empleo.

En cuanto a la iniciativa para suscribir convenios de colaboración, el art. 19 RDAC determina que los servicios públicos de empleo pueden establecer, en su correspondiente ámbito territorial, el procedimiento para suscribir convenios de colaboración con las agencias autorizadas para operar dentro del mismo. Este procedimiento puede consistir en la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica.

El seguimiento y evaluación al que las agencias colaboradoras están sometidas se determina en el art. 20 RDAC, el cual establece que las agencias colaboradoras tienen que facilitar cuantos datos, documentación e información sean necesarios, en los soportes informáticos o medios que se establezcan, para evaluar el resultado de las acciones convenidas. Además, los servicios públicos de empleo llevarán a cabo tantas acciones como sean necesarias realizar para el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo. Sin embargo, no constan pronunciamientos judiciales por incumplimiento de las obligaciones de las agencias de colocación.

Asimismo, los servicios públicos de empleo efectuarán actividades de fiscalización y control respecto de las agencias que actúen como entidades colaboradoras de los mismos. En concreto, comprobarán que cumplen los porcentajes de actividad contemplados en el art. 17.f) RDAC una vez transcurridos los primeros seis meses de vigencia del convenio de colaboración y, con posterioridad, se realizará la comprobación anualmente. En el caso de incumplimiento de este requisito, se extinguirá el convenio.

### 3. VÍAS TELEMÁTICAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

#### 3.1 Presentación

La tecnología siempre ha supuesto un impacto en las relaciones laborales. Ante los nuevos horizontes laborales que se plantean, se debe abordar la cuestión desde el análisis y la investigación para ordenar eficiente y eficazmente las relaciones en las que se haga uso de las actuales tecnologías y medios de comunicación, protegiendo a su vez a las personas usuarias. La revolución tecnológica, a consecuencia de la creación y el desarrollo de internet, afecta indudablemente a la forma de ofertar y demandar trabajo<sup>255</sup>; situación que hace necesario redefinir el modelo organizativo empresarial y la cultura de empresa<sup>256</sup>

Podemos distinguir dos formas de búsqueda telemática de empleo a través de internet. De un lado, a través de sitios web en internet, siendo esta una forma arcaica de búsqueda. Y, de otro, a través de las aplicaciones (en adelante, apps) que puedan ser utilizadas desde cualquier dispositivo móvil preparado para ello (los denominados “dispositivos inteligentes”)<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Asimismo, la revolución digital que ha afectado a la tecnología, particularmente en el sector de las telecomunicaciones, ha provocado una renovación de la “tecnología contractual”, aumentando el número de “empresas red” que llevan a cabo su actividad aprovechándose de la externalización productiva mediante las contratas y subcontratas. En este sentido RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo” en AEDTSS, *X Congreso Nacional Español de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 22; GOLDIN, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (dirs.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 26.

<sup>256</sup> En este sentido: SIGNORINI, E., *Il Diritto del lavoro nell'economia digitale*, Giappichelli; Torino, 2018, p. 3; BARBERA, M., “Noi siamo quello che facciamo. Prassi ed ética dell'impresa postfordista”, in *Giorn. dir. Lav. Rel. Ind.*, nº. 144, 2014, p. 631.

<sup>257</sup> En este sentido, advierten SOLÍS-VILLANUEVA, R., ARAKAKI, M. y VALVERDE, C., en “Inferencia de contexto en aplicaciones móviles inteligentes”, *Interfases*, 2013, nº. 6, pp. 10-11: “el desarrollo tecnológico y las innovaciones en los dispositivos móviles crecen rápidamente. La evolución del teléfono móvil del siglo XX al presente siglo ha demostrado que este dispositivo es capaz de convertirse en una herramienta autoadaptativa dinámica de contexto de acuerdo a las necesidades del usuario. Los avances respecto al *hardware* que componen estos dispositivos, tanto en la capacidad de procesamiento y en almacenamiento de datos, brinda un acercamiento a la capacidad de procesamiento de las computadoras personales, generando el nacimiento de un nuevo concepto: *smartphone*, un dispositivo móvil que sobrepasa la capacidad de realizar simplemente una llamada (Cyberstore 2009). Es posible que en un futuro este dispositivo pueda migrar a convertirse en el reemplazo de los ordenadores móviles y los ordenadores de mesa”.

## **3.2 La intermediación laboral a través de sitios web del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social**

### **3.2.1 El obsoleto portal web del Sistema Nacional de Empleo**

Como se ha señalado, el Sistema Nacional de Empleo está integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas. Además, se permiten los servicios privados de empleo a través de las agencias privadas de colocación y aquellos otros servicios determinados legalmente para las personas trabajadoras en el exterior. La intermediación laboral puede ser llevada a cabo por los agentes de intermediación, a través de sitios web en internet, accesibles desde cualquier dispositivo con conexión a internet.

El Portal está obsoleto porque, actualmente, no aparece el texto de la normativa actualmente vigente, que es el RD-L 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, como hemos visto, encontrándose los principios de organización y funcionamiento recogidos en el



art. 13<sup>258</sup>; in embargo, lo que aparece reflejado, en el citado Portal, es el art. 8 de la derogada LEmp 56/2003<sup>259</sup>.

Como se señala en la propia página web, el Sistema Nacional de Empleo creó el portal web [www.sistemanacionalempleo.es](http://www.sistemanacionalempleo.es), para cumplir con los principios establecidos en el art. 8 de la LEmp 56/2003, lo que crea confusión en quienes lo usen ya que el Portal no está actualizado con la LEmp de 2015. A través del Portal web, la Administración ofrece a la ciudadanía: igualdad de

---

<sup>258</sup>Concretamente, el art. 13 LEmp señala que, entre los principios de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo, se encuentra el de *“Transparencia en el funcionamiento del mercado de trabajo y establecimiento de las políticas necesarias para asegurar la libre circulación de trabajadores por razones de empleo o formación”*, siendo los elementos esenciales para garantizar este principio, los siguientes:

*“1.º Integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información. El Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas colaborarán en la creación, explotación y mantenimiento de un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible. Ello permitirá llevar a cabo de forma adecuada las funciones de intermediación laboral sin barreras territoriales, el registro de paro, las estadísticas comunes, la comunicación del contenido de los contratos y el seguimiento y control de la utilización de fondos procedentes de la Administración General del Estado o europea para su justificación.*

*2.º Existencia de una base de datos común, Portal Único de Empleo, que posibilite la difusión de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo, respetando lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.*

*Para ello, los servicios públicos de empleo registrarán todas las ofertas y demandas de empleo en las bases de datos del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo. El Servicio Público de Empleo Estatal garantizará la difusión de esta información a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas como garantía de transparencia y unidad de mercado”.*

<sup>259</sup> Aunque actualmente no está vigente, cabe señalar que la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, entre los principios recogidos en el artículo 8, establecía que para la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo rige la transparencia en el funcionamiento del mercado de trabajo, teniendo en cuenta, para organizar el funcionamiento del servicio:

- *“La integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información de los Servicios Públicos de Empleo que es una realidad desde la puesta en funcionamiento del sistema SISPE en el mes de mayo de 2005.*

*La existencia de un sitio común en red telemática que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo”*

Véase: <https://www.sistemanacionalempleo.es/informacion.html#uno>, consultada el 14 de junio de 2019

oportunidades en el acceso al empleo, no discriminación y gratuidad del servicio, tanto para personas trabajadoras como empresas.

A pesar de que se establece que el Portal permitirá, a quienes lo usen, *“diversas funcionalidades que con el tiempo se irán incrementando, mejorando y actualizando de acuerdo con las necesidades”*, no parece que sea así, empezando por la falta de actualización de la normativa vigente, no solo respecto a la LEmp sino también en lo relativo a la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal, señalando como tal la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, vigente hasta la aprobación y publicación de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Otro elemento que permite sustentar la afirmación de falta de actualización, es que, en su página de “inicio”, se hace aún referencia a “agencias de colocación autorizadas”, generando la idea de que estas cuentan con una autorización expresa por parte de la Administración para llevar a cabo su actividad; sin embargo, como se ha señalado, esta autorización fue suprimida en el año 2014, debiendo presentar simplemente las agencias de colocación, ante la autoridad competente, un mera declaración de responsabilidad.

Además, se puede observar al visitar el Portal que la apariencia y diseño es básico, primario y poco claro para quienes la usen. Aunque se disponga de un portal como este para ofertar un servicio público de gran interés general, como es la intermediación laboral, que no se actualiza ni mejora de forma habitual, ateniéndonos a los datos presentados, no se incumple el mandato legal pues existe el portal del SEPE que dispone de un portal de empleo (Empléate). Además, el Portal no anuncia, ni aclara en su contenido web, que se trata de un servicio de intermediación laboral. A continuación, analizaremos si realmente es un agente de intermediación laboral.

Sería conveniente, no obstante, coordinar ambos portales para evitar posibles errores en la ciudadanía cuando hagan uso de los mismos, ya que pueden generar confusión.

### 3.2.2 El Servicio Público de Empleo Estatal: el portal de empleo Empléate

Muy diferente al portal analizado, del Sistema Nacional de Empleo, es el del SEPE<sup>260</sup>. En este portal existe un link en el que pinchar para acceder al portal de empleo “Empléate”<sup>261</sup>. Este portal, de uso sencillo y claro, se encuentra actualizado en la información ofrecida, ya que en el link aparece el “nº de puestos de trabajo hoy”, con la cifra de ese día y, ya dentro del portal Empléate, aparecen accesos directos a las ofertas con más demanda y el número de ofertas. Sin embargo, no se define expresamente como servicio de intermediación laboral. Al acceder a la página de “ofertas de empleo”, se menciona lo siguiente: “el Servicio Público de Empleo Estatal, SEPE, ofrece el portal de empleo Empléate a los ciudadanos y a las empresas, desde el cual se puede realizar una interacción directa, libre, sencilla, y gratuita entre ofertantes (empresas) y demandantes de empleo (ciudadanía)”. Con ello se cumple la finalidad establecida en el artículo 7.1, apartado b) LEmp.

El portal Empléate también ofrece, a quienes lo usen, la posibilidad de identificar el contenido de una oferta de empleo publicada en el portal como “inapropiada”. Esta es una garantía para quienes lo utilicen, que confían en la veracidad, validez y legalidad de lo ofertado por el servicio público.

Por otra parte, a través del portal se pueden conocer las ofertas en prácticas. El artículo 7.1, apartado h) LEmp., establece que se favorezca la colaboración público-privada, la cual se materializa en el portal Empléate al ofrecer la posibilidad, dentro del mismo, de identificar las ofertas clasificadas por los portales colaboradores como “ofertas en prácticas”. El SEPE permite a las empresas dadas de alta en Empléate publicar ofertas en el portal con este tipo de contrato. Asimismo, las personas demandantes de empleo pueden acceder, haciendo uso de los filtros del buscador de ofertas del portal, a las ofertas clasificadas de este modo. Además, los agentes colaboradores, a través de sus portales, incorporan en Empléate todas las ofertas de empleo de los mismos.

---

<sup>260</sup> <http://www.sepe.es/HomeSepe/Personas.html>

<sup>261</sup> <https://www.empleate.gob.es/empleo/#/>

Por otro lado, las empresas de economía social pueden darse de alta en Empléate indicando esta condición. Ello permite, por un lado, a los sujetos usuarios identificarlas fácilmente y, por otro, las legitima ante los mismos como tales. Otra cuestión es si se controla la veracidad de los datos aportados. El Estado no puede tomar una posición pasiva, limitada a solicitar de las empresas una mera declaración, ante las eventuales graves consecuencias derivadas de la falsedad de las mismas.

Quienes usen el portal pueden acceder a todas las ofertas de empleo disponibles en el mismo, a los puestos de trabajo vacantes, a los últimos datos de contratación, a las ocupaciones más contratadas y a la información de referencia del Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal.

Así pues, el portal ofrece toda la información del mercado de trabajo de España, lo que supone cumplir con el fin establecido en el art. 7.1, apartado f) LEmp, que establece que el SNE asegurará la unidad del mercado de trabajo en el Estado. El hecho de no mencionar expresamente que es un servicio de intermediación laboral, no influye negativamente en la oferta y la prestación del servicio.

Por otro lado, el portal también permite a la ciudadanía, tras registrarse en el mismo, beneficiarse de los siguientes servicios:

- Buscar, consultar e inscribirse en las ofertas de trabajo.
- Crear su currículum.
- Anunciarse como demandante de empleo para que las empresas “le encuentren”, como se menciona en el portal.
- Crear alertas para que les lleguen a los usuarios, las ofertas por correo electrónico y/o mensaje al teléfono móvil.

### **3.3 Las ofertas de empleo internacionales a través de portales web: especial referencia a las ofertas internacionales del portal del Servicio de Empleo Público Estatal**

El servicio de intermediación que ofrecen los Servicios públicos de Empleo no se limita al territorio español. Esta tarea se amplía a nivel europeo. En un mundo globalizado es necesario ofrecer a la ciudadanía un servicio de intermediación laboral internacional. A este respecto, el art. 7.1, f), LEmp establece que el mercado único de trabajo español se integrará en el mercado único europeo de trabajo, asegurando, asimismo, la libre circulación de personas trabajadoras.

El art. 2 del Tratado de Ámsterdam establece, entre sus objetivos, “la promoción de una coordinación entre las políticas de empleo de los Estados miembros para reforzar su eficacia por medio de la elaboración de una estrategia coordinada favor del empleo”. Por su parte, su título VIII establece la Estrategia Europea de Empleo, la cual condiciona las políticas de empleo de los Estados miembros al efectivo cumplimiento de las concretas orientaciones comunitarias. El objetivo comunitario es la consecución del pleno empleo que acompañe la creación del Espacio Social.

Este proceso de “comunitarización del empleo”, basado en los tres pilares de la Estrategia Coordinada de Empleo (empleabilidad, espíritu de empresa e igualdad de oportunidades), se consolidaría en las posteriores reuniones de los representantes de los Estados miembro<sup>262</sup>. Un ejemplo de este espíritu de cohesión social europeo, a través del trabajo, lo encontramos en el compromiso que adquirieron los líderes de los estados miembros en la Cumbre de Lisboa del año 2000. En dicho compromiso se estableció la necesidad de convertir a la Unión Europea en “la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social para el año 2010”. Con esta meta se acordó la “Estrategia de Lisboa”, que contiene materias como la investigación, educación, formación, acceso a internet y comercio en línea.

---

<sup>262</sup> Véase en este sentido, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, La Ley, Madrid, 2012, p. 63.

Además, se aborda la necesidad de reforma de los sistemas de protección social europeos, que deben ser viables para poder ser disfrutados por las generaciones presentes y futuras. Esta Estrategia se basa en tres pilares. Un primer pilar económico, para preparar la transición hacia una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento. Un segundo pilar social, con el fin de modernizar el modelo social europeo mediante la inversión en recursos humanos y la lucha contra la exclusión social. Y, finalmente, un tercer pilar medioambiental, que centra la atención en la utilización racional de los recursos naturales en el proceso de crecimiento económico<sup>263</sup>

En coherencia con lo hasta aquí señalado, en el apartado de “ofertas de trabajo” del portal del SEPE, encontramos el enlace a las “ofertas internacionales”. Para poder conocerlas, se accede al portal de empleo Empléate y se indica en la barra de búsqueda el país o la ciudad deseada. Para llevar a cabo la búsqueda, es preciso registrarse en el portal de empleo Empléate, entrando en “Alta al ciudadano”.

No existe variación en el portal Empléate para la búsqueda internacional de trabajo; la página de búsqueda es la misma, solo que se filtra por ciudad o país. Ello garantiza la fiabilidad de las ofertas internacionales.

### **3.4 Nuevos actores en el mercado laboral digital: las apps de intermediación laboral**

Es fácilmente constatable que nuestro mercado laboral está cambiando a causa de las nuevas tecnologías<sup>264</sup>. Resulta habitual que las empresas recurran a nuevos servicios de intermediación, tales como las empresas cazatalentos, los portales de empleo, o las *apps* de intermediación. Difícilmente “encuadrables en

---

<sup>263</sup> Véase, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0318:ES:HTML> y [https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=13096&IDTIPO=11&RASTRO=c764\\$m2574](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=13096&IDTIPO=11&RASTRO=c764$m2574). Consultadas el 10 de junio de 2019.

<sup>264</sup> En este sentido, véase: SIGNORINI, E., “Il diritto del lavoro nell’economia digitale”, cit., p.51.

el esquema normativo existente”, se presentan “al amparo de la libertad de empresa, sin contar en muchos casos con un sustrato legal específico que regule su funcionamiento”<sup>265</sup>, cambiando la cultura de empresa.

Se puede acceder, en la actualidad, a todo tipo de dispositivos “inteligentes” (teléfonos móviles, relojes, tabletas electrónicas, etc.). Este hecho ha provocado, entre otros efectos, que aumente el desarrollo de aplicaciones móviles (*apps*) de todo tipo para instalarlas en dichos dispositivos. Estas *apps* permiten a las personas usuarias llevar a cabo casi todo tipo de acciones que sean susceptibles de tráfico mercantil y, en definitiva, de negocio. Y, sin duda, el trabajo es susceptible de ser objeto “de negocio”; por ello, han proliferado en los últimos tiempos aplicaciones móviles de intermediación laboral<sup>266</sup>. Se trata de agentes de colocación que llevan a cabo su actividad a través de internet. Estas *apps* permiten a la población acceder a información laboral desde su dispositivo móvil. Por otro lado, posibilitan a los sujetos oferentes de empleo cubrir los puestos ofertados rápidamente.

Las *apps* son la consecuencia lógica de los portales virtuales. Estos son a los ordenadores tradicionales lo que las *apps* a los dispositivos móviles inteligentes, con el valor añadido de estas últimas de poder accederse a ellas fácil y rápidamente desde el teléfono móvil personal<sup>267</sup>. Las *apps*, al igual que los portales de empleo, funcionan mediante programas informáticos que “casan” a quienes demandan empleo con quienes lo ofrecen según los parámetros y filtros que la persona usuaria introduzca. Aplican al mercado de trabajo la teoría económica ganadora del Premio Nobel en 2010, mencionado con anterioridad,

---

<sup>265</sup> RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Colaboración privada en el Servicio Público de Colocación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 10, 2013, p. 24.

<sup>266</sup> Entre las *apps* de intermediación laboral encontramos: LinkedIn o Job Today (ambas privadas); y, Empleos EURES (la *app* de intermediación laboral de la Unión Europea).

<sup>267</sup> “En esencia, una aplicación no deja de ser un *software*. Para entender un poco mejor el concepto, podemos decir que las aplicaciones son para los móviles lo que los programas son para los ordenadores de escritorio. Una aplicación informática es un tipo de *software* que permite al usuario realizar uno o más tipos de trabajo y de vincularse con la oferta y la demanda de servicios”, en GAUTHIER, G., “El derecho laboral ante el reto de la economía compartida: *apps*, smartphones y trabajo humano”, *Revista da Faculdade de Mineira de Direito*, nº. 19 (37), 2016, p. 120.

mediante programas informáticos que hacen funcionar las *apps*. Su uso es similar a la utilización y funcionamiento de los portales web.

La importancia que tiene el desarrollo y uso de estas *apps* es que principalmente son usadas en teléfonos móviles, que incorporan herramientas de geolocalización, permitiendo conocer de forma precisa donde está quien demanda empleo<sup>268</sup>. Además, hacen posible la comunicación directa mediante *chats*, reduciéndose así los tiempos del proceso de selección de personal, al evitarse la presencialidad.

Las *apps*, al igual que ocurre en el mercado tradicional con las empresas, se van especializando en función de las necesidades del mercado, dando lugar a *apps* por sectores del mercado de trabajo, duración del contrato, etc. Sin embargo, estas *apps* evitan hacer uso de una terminología que las identifique con la intermediación laboral. Por ejemplo, LinkedIn, que era una red social de trabajo, empezó a ofrecer servicios de intermediación laboral, publicando ofertas de empleo que pueden ser solicitadas por quienes se registren. Sin embargo, algunas *apps* comienzan a cobrar por sus servicios *Premium* (mejor posicionamiento ante ofertas de trabajo, ofertas de empleo personalizadas, etc.). Es decir, no se cobra directamente por los servicios básicos, pero si se desean ciertas “mejoras”, se puede pagar por servicios personalizados. Estas aplicaciones móviles que ofrecen sus servicios básicos no lo hacen gratuitamente; al producirse el registro, se ceden datos personales a estas empresas, sin que se conozca el uso que posteriormente se hace de ellos. Además, al producirse el registro, ofrecen un mes de prueba gratuita del servicio *Premium*. Esta dudosa práctica podría afectar al principio de gratuidad de servicios para las personas demandantes de empleo<sup>269</sup>, analizado más arriba,

---

<sup>268</sup> Sin embargo, se puede utilizar en sentido contrario para controlar y vigilar a las personas empleadas por parte del empresario. En este sentido, véase: FERRANDO GARCÍA, F. M<sup>a</sup>., “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n<sup>o</sup>. 399, 2016, pp. 37-68.

<sup>269</sup> En este sentido se pronuncia FERNANDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico-laborales”, en TODOLI SIGNES, A. (dir.) y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (dir.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 465. Además, añade, en referencia a la dudosa legalidad y eficacia de los servicios *Premium*, una traducción propia de PEREZ-CHIRINÓS CHURRUCA, V., “El Meu currículum no és brossa: mecanismes d'atribució de la responsabilitat de la precarietat laboral”, *Revista Catalana de Sociologia*, 2015, p. 64: “En varios de los debates se han expresado dudas



pudiendo ser constitutiva de tráfico prohibido o ilegal de mano de obra. Además, algunas aplicaciones dan a conocer ofertas cuya legalidad podría también ser cuestionada.

Llegados a este punto, cabe afirmar que estas apps llevan a cabo verdaderos servicios de intermediación laboral, como defiende un sector de la doctrina<sup>270</sup>, pero escapan de la aplicación de la normativa específica sobre la materia, sin que, hasta el momento, ello haya tenido consecuencias sancionadoras.

### **3.5 Seguridad y sistemas de información: el Real Decreto-ley 12/2018**

El rápido avance de las tecnologías de la información y de la comunicación requieren, además de su ordenación, su control frente a quienes pretenden hacer un uso ilícito de las mismas y, especialmente, de la información que contienen. Para hacer frente a la problemática generada por la proliferación del uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC), se aprobó el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, que transpone la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.

El RD-L 12/2018 reconoce en el preámbulo que la evolución de las TIC se ha debido principalmente al progreso de internet, convirtiéndose este en un elemento central en el día a día de las sociedades. Por este motivo, su fiabilidad y seguridad son fundamentales para el desarrollo de las actividades económicas,

---

sobre la legalidad de los sistemas Premium de inscripción en ofertas de empleo; pero más allá de ese problema, no se plantea el hecho de que el número de ofertas publicadas no llega a 90.000 de entre todas las categorías (incluyendo becas, colaboraciones como autónomo, etc.), y por tanto el candidato busca acceder por vías pagadas a un mercado que no existe”.

<sup>270</sup> En este sentido, FERNANDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico-laborales”, cit., p. 468; SERRANO FLCON, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas”, cit., p. 251; PRECIADO DOMENECH, C. H., *El derecho a la protección de los datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*, Thosom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2017, p. 189.

que, entendemos, afecta a los servicios de intermediación laboral prestados a través de aplicaciones virtuales.

Como se ha señalado, la intermediación laboral es una actividad económica de gran importancia no solo para la economía sino también para el mantenimiento del Estado social. El RD-L 12/2018 pretende poner freno a actuaciones que, de forma intencionada o fortuita, suponen o pretenden causar “pérdidas financieras, menoscabar la confianza de la población y, en definitiva, causar graves daños a la economía y a la sociedad, con la posibilidad de afectar a la propia seguridad nacional en la peor de las hipótesis”, como se manifiesta en el preámbulo del mismo. Para evitarlo, se establecen mecanismos que de manera integral y transversal mejoren la protección de las redes y sistemas de información. El art. 2 RD-L 12/2018 prevé que la norma se aplicará a la prestación de “los servicios esenciales dependientes de las redes y sistemas de información comprendidos en los sectores estratégicos definidos en el anexo de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas”. En el anexo de la mencionada Ley, se establece que, en el sector estratégico de las TIC, son competentes los ministerios de Industria, Turismo y Comercio, Defensa, Ciencia e Innovación y el de Política Territorial y Administración Pública, así como el Centro Nacional de Inteligencia. Cabe señalar la no inclusión del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social entre los Ministerios competentes, de lo que cabe inferir que la protección de los datos facilitados en un proceso de intermediación laboral sería competencia del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en atención al interés puramente económico, y no social/laboral que se pretende proteger. El RD-L 12/2018 también se aplica sobre “los servicios digitales, considerados conforme se determina en el artículo 3 e), que sean mercados en línea, motores de búsqueda en línea y servicios de computación en nube”. El art. 3 e) establece que un servicio digital es aquel “servicio de la sociedad de la información entendido en el sentido recogido en la letra a) del anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”. Dicho anexo establece que los “servicios de la sociedad de la información” es “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”. Asimismo,

el anexo de la Ley 34/2002 matiza el concepto de dichos servicios, incluyendo aquellos “servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”. Este anexo no establece un número de servicios, sino que indica algunos de entre todos los que representan una actividad económica. El primero es la contratación de bienes o servicios por vía electrónica, y el quinto, “el suministro de información por vía telemática”. Sin embargo, la norma establece que no tienen consideración de servicio de la sociedad de la información, aquellos que no reúnen los requisitos del primer párrafo del apartado a) del Anexo de la Ley 34/2002, particularmente, “el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan”. Consideramos que la intermediación es una actividad económica que se lleva a cabo sobre en el mercado laboral, que no siempre persigue fines lucrativos pero que en todo caso ha de estar tutelada en atención al especial interés del Estado en proteger la indemnidad de la relación laboral frente a sujetos que pretendan obtener beneficios o los obtengan, contraviniendo los arts. 5.c) RDAC y 7.1.b) y 33.4.b) LEmp.

El art. 2.2 RD-L 12/2018, asimismo, establece que están sometidos al mismo “los operadores de servicios esenciales establecidos en España”, entendiéndose que un operador de servicios esenciales está establecido en España cuando “su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios o actividades”, así como aquellos operadores “residentes o domiciliados en otro Estado que se ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España”. También están incluidos en el ámbito aplicativo del RD-L “los proveedores de servicios digitales que tengan su sede social en España y que constituya su establecimiento principal en la Unión Europea, así como los que, no estando establecidos en la Unión Europea, designen en España a su representante en la Unión para el cumplimiento de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la

Unión”. Sin embargo, el apartado 3 del art. 2 RD-L 12/2018, no se aplica a “los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios electrónicos de confianza que no sean designados como operadores críticos en virtud de la Ley 8/2011, de 28 de abril”, así como a “los proveedores de servicios digitales cuando se trate de microempresas o pequeñas empresas, de acuerdo con las definiciones recogidas en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas”.

Como se ha visto, el RD-L 12/2018 establece, en su art. 3, las definiciones de ciertos conceptos contemplados en el mismo. El apartado a) del citado artículo establece que son redes y sistemas de información cualquiera de los elementos siguientes: en primer lugar, “las redes de comunicaciones electrónicas, tal y como vienen definidas en el número 31 del anexo II de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”; en segundo lugar, “todo dispositivo o grupo de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, en el que uno o varios de ellos realicen, mediante un programa, el tratamiento automático de datos digitales”; y, finalmente, “los datos digitales almacenados, tratados, recuperados o transmitidos mediante los elementos contemplados en los números 1.º y 2.º anteriores, incluidos los necesarios para el funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento de dichos elementos”.

A tenor de lo expuesto, es evidente la necesidad de controlar las vías telemáticas de intermediación laboral para impedir su uso fraudulento, que puede ser, en ocasiones, constitutivo de tráfico ilegal de mano de obra.

### **3.6 Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones**

Actualmente, es preciso que la sociedad se adecue ante los constantes avances de la digitalización tecnológica y se contemple su tratamiento en el ordenamiento jurídico, debido a su uso generalizado en la sociedad y en las

Administraciones Públicas. Dicho desarrollo normativo será decisivo en la seguridad de la ciudadanía, de sus derechos y libertades, así como para potenciar el uso de la administración digital de manera eficaz y positiva.

La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, detalla los peligros vinculados con las tecnologías de la comunicación y de la información, lo que constituye uno de los retos primordiales de la sociedad, y sirve de base y fundamento del actual RD-L 14/2019.

El Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre aprobó la Estrategia de Seguridad Nacional 2017. En ella se señalan las ciberamenazas y el espionaje como peligros que complican o minan la seguridad nacional, identificando la ciberseguridad como un espacio prioritario de acción. El perfeccionamiento tecnológico supone un incremento de nuevos peligros, de manera especial los relacionados con el ciberespacio, entre los que se pueden citar el robo de datos e información, el hackeo de dispositivos móviles y sistemas industriales, o los ciberataques a infraestructuras relevantes. La seguridad pública se ve amenazada por la hiperconectividad, por lo que es necesario reducir su vulnerabilidad y reforzar la protección del espacio digital y los derechos de las personas.

Entre los riesgos que acechan a la seguridad pública, como consecuencia del empleo de tecnologías de la comunicación y de la información tenemos que señalar que se utilizan para enviar informaciones falsas que confunden a la población, las actividades de espionaje o las obstrucciones en la participación política de la población.

En RD-L 14/2019 contiene una parte expositiva y otra dispositiva organizada de la siguiente manera: capítulo I (artículos 1 y 2), capítulo II (artículos 3 y 4), capítulo III (artículo 5), capítulo IV (artículo 6), capítulo V (artículo 7), una disposición adicional, tres disposiciones transitorias y tres disposiciones finales.

Con las medidas contempladas en este Real Decreto-ley 14/2019 se pretende acrecentar el patrón de protección de la seguridad pública ante las progresivas amenazas surgidas de la utilización de las citadas tecnologías y de

acuerdo con los últimos hechos acaecidos en España respecto de la Generalidad de Cataluña. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la seguridad pública alude a la “actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadanos”; si bien no se reduce a ordenar “las actuaciones específicas de la llamada Policía de seguridad”, dado que “la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública” que “abarca un amplio espectro de actuaciones administrativas” (STC 86/2014, de 29 de mayo, FFJJ 2 y 4) y contempla “un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido” (STC 235/2001, de 13 de diciembre, FJ 6, y las allí citadas).

El Tribunal Constitucional ha incorporado en el concepto de seguridad pública a “las situaciones o productos que son susceptibles de ocasionar graves riesgos para personas y bienes, lo que exige la adopción de medidas de especial intensidad”, y “la regulación de materias concretas susceptibles de originar riesgos ciertos que pueden afectar de modo directo y grave a la seguridad de personas y bienes, tomando en consideración, especialmente, fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana” (STC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 6).

Por todo ello, entre las novaciones introducidas por el RD-L 14/2019, destacaremos por estar relacionadas con nuestro objeto de estudio, las relativas a:

- Seguridad en materia de telecomunicaciones

El RD-L 14/2019 incorpora reformas en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, con objeto de fortalecer las potestades del Ministerio de Economía y Empresa para poder realizar un control mas amplio y optimar sus oportunidades de acción, cuando se produzca una presunta actividad infractora por medio de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que pueda dar lugar a un peligro grave e inmediato para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional; así como en diferentes supuestos excepcionales que afecten al orden público, la seguridad pública y la

seguridad nacional en la que es ineludible asumir la gestión directa o la intervención de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Esta potestad incluye a todos los elementos vinculados con la instalación o expansión de una red o con la asistencia de un servicio de comunicaciones electrónicas.

Con objeto de acrecentar la protección de la seguridad pública, se fortalece la capacidad de sancionar del Ministerio de Economía y Empresa, incrementando los supuestos en los que es posible incorporar medidas cautelares en situaciones de razones de imperiosa urgencia, sin que sea necesaria la reunión previa con la persona que presuntamente haya incumplido la norma, que puede comprender la interrupción de la actividad o la prestación de servicios relacionados con la presencia de un peligro inmediato y grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

- Coordinación en materia de seguridad de las redes y sistemas de información

Además, el Real Decreto-ley 14/2019 modifica el anterior Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, en virtud de la cual el Centro Criptológico Nacional (CCN) realizará la coordinación nacional de la contestación técnica de los equipos de respuesta a casos de seguridad informática (CSIRT) en materia de seguridad de las redes y sistemas de información del sector público. Además, se contempla que el CCN llevará a cabo la función de enlace para legitimar la cooperación transfronteriza de los CSIRT de las Administraciones Públicas con los CSIRT internacionales en la respuesta a los sucesos y gestión de riesgos de seguridad.

### **III INFRACCIONES EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL SUSCEPTIBLES DE TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA**

#### **1. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL ORDEN SOCIAL**

En el año 1994, como ya avanzamos al principio del Capítulo, se eliminó la prohibición de crear agencias de colocación privadas, tanto gratuitas como retribuidas, siempre que no tuviesen fines lucrativos. El artículo 33.1 del Real

Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante LEm), establece que son agencias de colocación las entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral<sup>271</sup>, ya sea como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo o de forma autónoma, aunque coordinada con los mismos.

En cuanto a las reglas que tienen que seguir para su funcionamiento, conforme al art. 33.2 y siguientes LEm, estas son: 1) la titularidad puede ser tanto de una persona física como jurídica; 2) se ha de presentar de forma previa al inicio de la actividad una declaración responsables en el Servicio Público de Empleo Estatal o en el Servicio de Empleo de la Comunidad Autónoma si actúa en varias comunidades autónomas o exclusivamente ante el Servicio de Empleo de la Comunidad Autónoma si solo desarrolla su actividad desde centros de trabajo de dicha comunidad); 3) se puede iniciar la actividad desde el día en que se presenta la declaración responsable, a diferencia de la regulación anterior, conforme a la cual, tras solicitarse la autorización administrativa, el silencio administrativo suponía la no concesión de la autorización; 4) no se puede pedir a las personas empleadas compensación económica por los servicios prestados en la intermediación; 5) la coordinación con los servicios públicos de empleo implica como mínimo el suministro de información, la disposición de sistemas telemáticos compatibles, respetar la dignidad e intimidad del personal empleado, disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo, cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social; y, 6) las agencias han de actuar conforme a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación.

---

<sup>271</sup> El art. 31 LEm establece que la intermediación laboral es el conjunto de acciones encaminadas a poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan empleo. También se considera intermediación laboral la actividad destinada a recolocar a los trabajadores excedentes de un proceso de reestructuración empresarial siempre que se haya acordado así con los trabajadores o sus representantes. Por tanto, la finalidad de la intermediación laboral es proporcionar a los trabajadores un empleo acorde a sus características y facilitar a los empleadores trabajadores acorde a las necesidades requeridas.



## 2. LA PROTECCIÓN LEGAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Intermediar laboralmente, de forma ilegal, incide de manera directa e indirecta en el mercado laboral, así como en los derechos de las personas trabajadoras, ya que se rompe la confianza e integridad de las relaciones laborales, por la irrupción de un nuevo actor que interfiere fraudulentamente en la relación laboral.

La intermediación laboral debe ser adecuadamente fiscalizada, pero no obstaculizada ni prohibida, ya que favorece y dinamiza el mercado laboral y la economía. El ordenamiento jurídico está dotado de suficientes medios nomotéticos, que permiten defender los intereses concretos y generales de la intermediación laboral a través de dos vías: la formación jurídica para concienciar de la relevancia de la intermediación laboral en el mercado laboral y económico de un Estado; y, el “reproche social” que se lleva a cabo a través de la actuación de los órganos judiciales, que hacen cumplir las normas aprobadas por los órganos que ejercen el poder legislativo y el reglamentario. La cuestión a analizar es si se garantizan verdaderamente los derechos y obligaciones de los sujetos que intervienen en el mercado laboral, mediante mecanismos que aseguren de forma efectiva el cumplimiento del Derecho.

Un importante límite establecido en la normativa vigente en la materia es la prohibición, a los sujetos que intermedian, de obtener beneficios económicos a costa de la persona trabajadora<sup>272</sup>, cuestión que no ha generado hasta el momento litigiosidad alguna, como se analizará más abajo. La cantidad económica que pueda percibir el agente de colocación, por un acuerdo privado previo entre el sujeto oferente de empleo y el intermediador laboral, no ha de afectar ni repercutir negativamente sobre el salario o condiciones laborales de las personas trabajadoras.

La idea de que quien trabaja aporte una cantidad económica por ello es la que pervierte, no solo las relaciones laborales, sino también el espíritu de justicia

---

<sup>272</sup> Debemos recordar que en atención al art. 5, c) RDAC y el art. 7.1.b) LEmp es obligación de la agencia de colocación garantizar la gratuidad del servicio a las personas trabajadoras que demanden empleo.

social que inspira el Derecho del Trabajo<sup>273</sup>. De aceptarse la posibilidad de abonar una contraprestación a cambio de obtener un puesto de trabajo, se estaría fomentando la estratificación en el acceso al empleo sobre la base de la capacidad económica de los sujetos demandantes; posibilidad, de otro lado, a todas luces incompatible con el concepto de servicio público de intermediación laboral. Ello, no obstante, nos enfrentamos a una realidad que se empieza a normalizar<sup>274</sup>.

La presente investigación aspira a concretar qué incumplimientos de la normativa en la materia han de ser meras infracciones administrativo-laborales, y qué ilícitos, por su extrema gravedad, han de ser constitutivos de delitos, siendo, en este caso, competente, la jurisdicción penal.

La intermediación laboral, como ya se ha señalado, ha sido desmonopolizada en España; además, se han eliminado las barreras que impedían lucrarse con el ejercicio de dicha actividad o que exigían una autorización administrativa para ejercerla.

Los agentes de colocación se pueden financiar a través de ayudas públicas, si son entidades colaboradoras de los servicios públicos, como establece el art. 16 RDAC, o a través de financiación privada, por parte de quienes deseen contar con sus servicios. Su actividad consiste en conectar oferentes de empleo con demandantes. Procede recordar que quienes demandan empleo no están contratados por la agencia de intermediación; de ser así, esta estaría actuando como una Empresa de Trabajo Temporal.

A priori, esta desregularización de la legislación laboral, en materia de intermediación en el mercado de trabajo, tenía como finalidad agilizar el mercado laboral por la mayor rigidez del sistema público, así como por su falta de medios. Sin embargo, con la aparición de internet, muchos de estos factores que

---

<sup>273</sup> Véase: "Configuración actual del principio de justicia universal", *Cuadernos de política criminal*, nº 91, 2007.

<sup>274</sup> Como ya se ha señalado, los servicios "Premium" que ofertan las aplicaciones móviles para los sujetos usuarios de las mismas para, entre otros beneficios, tener mejor posicionamiento ante los sujetos oferentes de trabajo, podría ser considerado un pago por el servicio de intermediación laboral y, consiguientemente, una infracción del art. 5, c) RDAC.

demanda el mercado, principalmente inmediatez y flexibilidad, también pueden ser ofrecidos por el sistema público<sup>275</sup>.

Para dar respuesta a las necesidades del mercado laboral y dotar de eficacia y eficiencia a la puesta en contacto de la oferta y demanda de trabajo, se permitió la coexistencia en el sistema público de empleo de los servicios públicos de empleo (estatal y autonómico)<sup>276</sup> y de las agencias privadas de colocación con autorización administrativa, pero sin ánimo de lucro, finalizando, así, el monopolio estatal del mercado de trabajo<sup>277</sup>. En esta coexistencia que se establece, es necesario ordenar y definir claramente las funciones y límites para que el interés que prime sea el interés general propio de los servicios públicos, a pesar de que dicho servicio sea prestado por sujetos privados.

Antes de la citada reforma legal, la infracción que podía alcanzar relevancia penal era la intermediación privada y lucrativa, ya fuese a costa de quien emplea o de quien trabaja. Posteriormente, al permitirse las agencias privadas de

---

<sup>275</sup> El Sistema Nacional de Empleo en España dispone de un sitio web: <https://www.sistemanacionalempleo.es/>. Sin embargo, para mejorar los servicios, actualizarlos y desarrollarlos es necesario dotar efectivamente de financiación de los servicios digitales que presta la Administración.

<sup>276</sup> Recordemos que el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) es un órgano que, junto con los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, forman el Sistema Nacional de Empleo. El Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) es un organismo autónomo adscrito, actualmente, al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, compuesto por:

- Unos servicios centrales.
- 52 direcciones provinciales.
- Una red de oficinas presenciales distribuidas por las 52 provincias de España, desde las que se gestionan los trámites de prestaciones por desempleo. En las de Ceuta y Melilla, también se gestionan los trámites de empleo y formación.

Además, dispone de los siguientes servicios:

- Un servicio de atención telefónica con un número para la ciudadanía y otro para las empresas.
- Un espacio web, [www.sepe.es](http://www.sepe.es), desde el que se accede a servicios de prestaciones y empleo, así como a diversa información.

Para más información, véase: <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/que-es-el-sepe.html>, consultada 1 de junio de 2019.

<sup>277</sup> Como era solicitado por un sector de la doctrina y por la propia OIT. Para más información véase: RICCA, S., *Los servicios de empleo*, OIT, Ginebra, 1983.

colocación con autorización administrativa y sin ánimo de lucro, el elemento delimitador ya no era la intermediación privada sino la intermediación privada no autorizada legalmente, así como llevar a cabo la misma obteniendo un lucro; ahora bien, para que el incumplimiento alcanzase relevancia penal, desde nuestro punto de vista, además, se requería habitualidad, se tuviese o no autorización administrativa para operar en el mercado laboral español.

Al eliminarse el requisito de imposibilidad de lucro por parte de las agencias de colocación, permitiéndose siempre que no se obtenga a costa de las personas trabajadoras<sup>278</sup>, se suprime un elemento delimitador de la actividad imprescindible para controlar posibles abusos, por parte de quienes llevan a cabo la actividad, desde una posición predominante, respecto de demandantes de trabajo. Además, al sustituirse la autorización administrativa por una simple declaración de responsabilidad de la agencia de colocación, ante la autoridad administrativa laboral competente<sup>279</sup>, se alcanza la plena liberalización del mercado laboral y, concretamente, de la intermediación laboral. Tras las descritas modificaciones normativas, la infracción que alcanza relevancia penal es la intermediación obteniendo lucro a costa de la persona trabajadora, es decir, incumpliendo la obligación de gratuidad de los servicios en la relación triangular que se establece: el sujeto A oferta empleo; el sujeto B, la mano de obra, demanda trabajo; y, el sujeto C, intermedia, conectando al sujeto A con el sujeto B. El sujeto C, al realizar la actividad de intermediación laboral, cometería el ilícito si retiene una parte del salario de la persona trabajadora, o bien, si percibe de esta una compensación económica como contraprestación a la labor de intermediación realizada. Si se apropiase de la totalidad de salario o de un porcentaje excesivamente elevado que impidiese al trabajador vivir dignamente, nos encontraríamos ante un delito de explotación laboral que se podría encuadrar dentro de los tipos penales recogidos en los siguientes artículos:

---

<sup>278</sup> El art. 5 apartado c) RD 1796/2010 continúa estableciendo la obligación por parte de las agencias de colocación de garantizar la gratuidad del servicio de intermediación laboral, así como, en los términos establecidos en el art. 22.4 de la Ley 56/2003, las demás actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo; ello, no obstante, esta Ley de Empleo está derogada, resultando aplicable el art. 7.1, apartado b) LEmp.

<sup>279</sup> Modificación introducida a través del RD 18/2014 y, posteriormente, en el RDL 3/2015 que aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

311.1 CP, que tipifica la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social contrarias a los derechos de las personas trabajadoras, mediando para ello engaño o abuso de situación de necesidad; 312.2 CP, que condena el reclutamiento de mano de obra extranjera ofreciéndoles empleo o condiciones laborales falsas que perjudiquen sus derechos laborales; y, finalmente, 177 bis. 1 CP, que tipifica el delito de trata de seres humanos, donde una de las finalidades es la explotación laboral.

El objeto de nuestra investigación es el tráfico de mano de obra en la legislación laboral española, y el objetivo principal, como ya se ha adelantado, delimitar la infracción administrativa laboral del ilícito penal. La doctrina judicial ha precisado que el tráfico ilegal de mano de obra es la cesión ilegal de mano de obra (que se analizará más adelante) y la intermediación laboral fraudulenta<sup>280</sup>.

La jurisprudencia penal considera que nos encontramos ante un delito de riesgo abstracto, cuyo bien jurídico protegido lo integra un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral<sup>281</sup>.

A nuestro juicio, sin embargo, la Sala de lo Penal del TS no precisa suficientemente el bien jurídico protegido por el delito de tráfico ilegal de mano de obra. Así, en la STS de 30 de junio de 2000 [RJ 2000, 6081] se define dicho bien jurídico como un “conjunto de intereses concretos y generales que protegen

---

<sup>280</sup> En este sentido, la SAP de Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17) sirvió de referencia para analizar el delito de tráfico ilegal de mano de obra ya que estableció que: “...considerando esta Sala, siguiendo la doctrina científica más autorizada, que lo que dicho precepto sanciona es la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro –únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas”.

<sup>281</sup> Como más adelante veremos, la STS de 10 de marzo de 2005 (RJ\2005\4045) señaló que: “Es doctrina de esta Sala que el bien jurídico protegido, como se infiere del epígrafe del título, está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores (STS 30 de junio de 2000 [ RJ 2000, 6081])”.

la indemnidad de la propia relación laboral”<sup>282</sup>, sin definir, ni concretar qué se ha de entender por “intereses concretos y generales” que protegen la indemnidad de la relación laboral.

A nuestro juicio, el bien jurídico protegido por el delito es el interés que tiene el Estado en proteger el mercado laboral y las personas que en él participan, como ya se ha señalado con anterioridad. Por ello, cuando el bien jurídico protegido por el tráfico ilegal de mano de obra es vulnerado merece el reproche penal y no una mera sanción administrativa<sup>283</sup>.

Se prestará especial atención a las sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra, que giran en torno a la creación o utilización de una agencia privada de colocación con fines fraudulentos, partiendo de la base de que la intermediación laboral ha de ser perseguida penalmente cuando un sujeto intermedie en el mercado laboral al margen de la normativa laboral vigente, concretamente, percibiendo de las personas trabajadoras una contraprestación económica a cambio de posibilitar su contratación por parte de quien ofrece trabajo. Este es el objetivo de la presente investigación, además de intentar dilucidar el límite entre la mera infracción administrativa laboral y el delito penal.

Procede recordar que la legislación laboral, concretamente el art. 5 RDAC, establece la obligación de las agencias de colocación de garantizar la gratuidad, por los servicios de intermediación laboral, así como de las actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, a las personas trabajadoras que usen dichos servicios. Además, el art. 7.1.b) LEmp establece, entre los fines que debe garantizar el Sistema Nacional de Empleo, el de ofrecer un servicio de empleo público y gratuito a las personas trabajadoras y al empresariado, y el art. 33.4.b) LEmp contempla la obligación de las agencias de colocación de garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios; aunque no se

---

<sup>282</sup> No entraremos en el análisis metajurídico de esta frase del Alto Tribunal, pero sí intentaremos concretarla.

<sup>283</sup> En este sentido, SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931): “La represión penal ha de venir reservada para aquellos supuestos de tráfico ilegal que, por ser más intolerables, merecen un reproche superior a la mera sanción administrativa, y que indiscutiblemente se nos presentarán no como conductas aisladas sino más o menos habituales y, en todo caso, lucrativas”

específica, debemos entender que este artículo hace referencia a los servicios de intermediación y búsqueda de empleo en atención al art. 5 RDAC, ya que las personas trabajadoras pueden hacer uso de otros servicios que preste la agencia de colocación por los que esta sí puede percibir una contraprestación.

Conforme a esta regulación, el art. 16.1.a) LISOS tipifica como infracción muy grave exigir a las personas trabajadoras precio o contraprestación por los servicios de intermediación laboral<sup>284</sup>. Respecto de las ETT, el art. 16.1.b) LISOS castiga a las que, actuando como agencia de colocación, incumplan los requisitos exigidos a tal efecto<sup>285</sup>. Y, específicamente, se tipifica como infracción administrativa grave “cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación” (Art. 18.2.e) LISOS).

Los ilícitos transcritos, en su versión agravada, podrían ser susceptibles de ser calificados como delito de tráfico ilegal de mano de obra. Sin embargo, como veremos, no existen condenas penales por tales incumplimientos. A nuestro juicio, dada la relevancia de la intermediación laboral y su carácter de servicio público, y atendiendo a la finalidad del precepto penal, cobrar a la persona trabajadora una cantidad por un servicio de intermediación laboral o por la búsqueda de empleo, es una conducta que merecería ser sancionada penalmente.

---

<sup>284</sup> Particularmente, los incumplimientos tipificados en el art. 16.1.a) LISOS son: “ejercer actividades de intermediación laboral, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado, con carácter previo a la actuación como agencia de colocación, una declaración responsable, de reunir los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo, o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados”.

<sup>285</sup> Art. 16.1.b) LISOS: “en el caso de las empresas de trabajo temporal que hubieran presentado una declaración responsable para actuar como agencias de colocación de reunir los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo, incumplir los mismos”.

### 3. INFRACCIONES EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL SUSCEPTIBLES DE SER PERSEGUIDAS PENALMENTE POR TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA

#### 3.1 Planteamiento

La LISOS es la normativa aplicable en materia de infracciones y sanciones en el orden social. El art. 1.1 LISOS establece que son infracciones administrativas en el orden social, “las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social”. Precisa art. 5 LISOS<sup>286</sup> el concepto de infracción laboral, señalado en su apartado primero qué son infracciones laborales del empresariado contra la normativa laboral.

En el art. 2 LISOS se establece un *numerus clausus* de sujetos responsables de la infracción, pudiendo ser tanto personas físicas como jurídicas. Ciertamente, este es un elemento diferenciador respecto de la infracción penal, donde el sujeto activo puede ser cualquier persona que lleve a cabo la acción mientras que, en el orden social, tiene que ser alguno de los sujetos contemplados en la normativa. Por ello, debemos pensar que, cuando un sujeto no puede ser perseguido ante el orden social por ser este más restrictivo en cuanto a los sujetos responsables, eventualmente, el hecho ilícito podría ser sancionado por el ordenamiento penal, donde el concepto tanto de persona trabajadora como de empresariado responde a una definición amplia con el fin dar una protección efectiva al sujeto pasivo.

Una vez calificada la infracción, se gradúan las sanciones, pudiendo ser, como indica el art. 39.1 LISOS<sup>287</sup>, de grado mínimo, medio y máximo, atendiendo

---

<sup>286</sup> Art. 5. 1 LISOS: “Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley. Asimismo, tendrán dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables en las materias que se regulan en el presente capítulo”.

<sup>287</sup> Art. 39.1 LISOS: “Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes”.



a los criterios establecidos en el art. 39.2<sup>288</sup> LISOS. El órgano sancionador habrá de tener en cuenta las circunstancias contempladas en dicho precepto para imponer la sanción correspondiente a la infracción en alguno de los grados anteriormente mencionados. Procede tener en cuenta que, en los procedimientos administrativos sancionadores, las actas de la Inspección de Trabajo constituyen un elemento probatorio fundamental, pues gozan de presunción de certeza (art. 53.2 LISOS) cuando se observan en ella los tres elementos exigidos en el art. 53.1 LISOS: a) Los hechos, constatados por el Inspector o Inspectora de Trabajo actuante. b) La infracción presuntamente cometida, con mención expresa de su previsión legal. c) La propuesta de sanción, graduación y cuantía.

### **3.2 La responsabilidad por infracciones en materia de empleo**

La LISOS dedica una sección a las infracciones llevadas a cabo por los empresarios y las agencias de colocación, entre otros sujetos. El art. 16 establece las infracciones graves, determinando en su punto uno, apartado a)<sup>289</sup>, que es una infracción grave ejercer la intermediación laboral sin haber presentado previamente al inicio de su actividad, la declaración responsable determinada por la legislación laboral vigente, independientemente de la clase o ámbito funcional de la agencia de colocación. Asimismo, continua el precepto, se considera infracción muy grave exigir a las personas empleadas precio o contraprestación por los servicios prestados. Como vimos, el art. 5 RDAC y, los

---

<sup>288</sup> Art. 39.2 LISOS: “Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida”.

<sup>289</sup> Art. 16.1 a) LISOS (infracción grave): “Ejercer actividades de intermediación laboral, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado, con carácter previo a la actuación como agencia de colocación, una declaración responsable, de reunir los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo, o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados”. Véase: MARÍN ALONSO, I., “El empleador «complejo»: legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios en los grupos y redes empresariales”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, 2017, nº 5.

arts. 7.1 b) y 33.4.b) LEmp, prevén la gratuidad de los servicios. Asimismo, el art. 16.1 b) LISOS<sup>290</sup> establece que son constitutivos de infracción muy grave los supuestos contemplados en el artículo precedente, también en el caso de que sea una ETT la que actúa como agencia de colocación, incumpliendo la LEmp y el RDAC.

Estos serían, en nuestra opinión, los ilícitos laborales susceptibles, en su versión agravada, de ser perseguidos penalmente. A nuestro juicio, estos incumplimientos están suficientemente protegidos, pero consideramos que, si afectan a una pluralidad de sujetos, dicha acción influye significativamente sobre el mercado laboral, por lo que debería de ser sancionado penalmente. Estos hechos pueden influir negativamente en la relación laboral, teniendo graves consecuencias como hemos visto a lo largo del presente estudio por afectar no solo a intereses laborales sino a la economía y al interés general.

### **3.3 Análisis jurisprudencial de la intermediación laboral en España en referencia al delito de tráfico ilegal de mano de obra: el cobro por los servicios de intermediación a las personas trabajadoras**

Fijadas las anteriores premisas, se procedió al examen de sentencias, centrándonos en la conducta que consideramos podría ser susceptible, en su versión agravada, de ser perseguida como tráfico ilegal de mano de obra: la obtención de lucro por parte de quien intermedia a costa de la persona trabajadora por proporcionarle trabajo, contraviniendo de esta forma el art. 5.c) RDAC y los arts. 7.1.b) y 33.4.b) LEmp; conductas actualmente tipificadas en la LISOS, arts. 16.1.a), 16.1.b) (infracción muy grave) y 18.2.e) (infracción grave).

Para ello usamos el buscador jurídico de Aranzadi (“Aranzadi Instituciones”), donde realizamos diversas búsquedas jurisprudenciales en el mes de octubre de 2019. Tras acceder al apartado jurisprudencia, escribimos en el texto de

---

<sup>290</sup> Art. 16.1 b) LISOS (infracción grave): “En el caso de las empresas de trabajo temporal que hubieran presentado una declaración responsable para actuar como agencias de colocación de reunir los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo, incumplir los mismos”.

búsqueda: “agencias de colocación” y, de entre los resultados, buscamos el término “lucro”, obteniendo dos resultados, ambos anteriores a la reforma que derogó la prohibición de lucro<sup>291</sup>. Repetimos la búsqueda introduciendo en vez de la palabra “lucro”, el término “art. 5”, en referencia al art. 5 RDAC. En esta ocasión el resultado fue de tres sentencias, igualmente, anteriores a la reforma o no referentes a nuestro objeto de estudio<sup>292</sup>.

Posteriormente, realizamos la búsqueda introduciendo en el texto de búsqueda los términos “ley de empleo” y, de entre los resultados, por una parte, se buscó el texto “7.1”, y, por otro, “33.4”, en referencia a los arts. De la LEmp. En ninguna de las dos búsquedas se obtuvo resultado.

Finalmente, introdujimos en el texto a buscar la expresión “ley empleo”, y de entre los resultados, por un lado, se buscó el texto “7.1”, sin resultados, y, por otro, “33.4”, donde, de los cuatro resultados, ninguno era referente a nuestro objeto de estudio.

En ninguna de las búsquedas se acotó la misma por fechas para determinar el volumen total de casos documentados. No apareció ningún resultado de la jurisdicción contencioso-administrativa, la encargada de conocer sobre las infracciones y sanciones en el orden social, hasta la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS). Por ello, repetimos la búsqueda e introdujimos, en el texto a buscar, los términos: “intermediación laboral” y “colocación”; el resultado fue de 34 sentencias, de las cuales: una es de la jurisdicción Civil, dos del Tribunal Constitucional, dos de la jurisdicción Penal, siete de la Contencioso-administrativa y veintidós de la Social. De las siete sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en ninguna el litigio planteado versa sobre incumplimiento de la legislación laboral obteniendo lucro a costa de las personas trabajadoras por ejercer la actividad de intermediación. En ninguna de

---

<sup>291</sup> STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2012 (JUR/2013/1155326); y, STS de 15 de abril de 2003 (RJ/2003/3614), ambas de la Sala Contencioso-administrativo.

<sup>292</sup> STSJ Madrid nº. 669/2003, de 1 de abril, (JUR/2004/166994); STSJ Madrid nº 417/2003, de 19 de febrero, (JUR/2004/143401); y, STSJ Barcelona nº 763/2014, de 21 de noviembre, (JUR/2015/15452). Todas de la Sala de lo contencioso-administrativo.

las aludidas siete sentencias, el fondo de la cosa juzgada es la constitución o utilización de la agencia de colocación, o del agente colaborador, para llevar a cabo la actividad con fines fraudulentos y/o con finalidad lucrativa a costa de la persona que realiza el trabajo. Recordemos que quien intermedia puede lucrarse por la cantidad que percibe, por parte del empresario, sin que el lucro pueda tener su origen en una participación del salario de la persona trabajadora; en otro caso, tales hechos serían constitutivos de una infracción laboral que, a nuestro juicio, de ser continuados en el tiempo, dejarían de ser una mera infracción administrativa laboral, para ser un delito penal de tráfico ilegal de mano de obra, ya que el sujeto intervendría en el mercado laboral con la intención de lucrarse a costa de las personas trabajadoras.

Se podría pensar que nos encontramos en un modelo perfecto, donde ninguna persona paga, ni ningún sujeto cobra, una compensación económica por encontrar trabajo y que, por ello, no existen ilícitos en la materia susceptibles de ser perseguidos penalmente. Pero no es exactamente así, como se pone de manifiesto en el apartado siguiente.

## CAPÍTULO III: LA CESIÓN DE PERSONAS TRABAJADORAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

### 1. ACERCAMIENTO A LA REALIDAD OBJETO DE ESTUDIO: CESIÓN ILEGAL VERSUS CESIÓN LEGAL DE PERSONAS TRABAJADORAS

En nuestro ordenamiento jurídico, la cesión de mano de obra, en cuanto manifestación del fenómeno de la descentralización productiva, es lícita siempre que se realice a través de las ETT<sup>293</sup>, conforme al art. 43.1 ET y normativa de desarrollo; cualquier otra forma de cesión de personal, a priori, sería ilegal.

La definición legal de cesión ilegal de mano de obra se infiere del art. 43.2 ET, norma que, tras recoger la doctrina jurisprudencial gestada durante años sobre la materia, precisa que existe cesión ilegal de personas trabajadoras cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias<sup>294</sup>:

- Que el objeto de los contratos de servicios se limite a una mera puesta a disposición de las personas trabajadoras de la empresa cedente a la empresa cesionaria.
- Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable.
- Que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.
- Que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

El art. 43.2 ET prohíbe y sanciona la alteración injustificada de la configuración normal de la relación laboral, especulando a tal efecto con el factor trabajo mediante su abaratamiento<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Además, las ETT pueden actuar como agencias de colocación si cumplen la normativa establecida para estas (art. 33.6 LEmp), como hemos visto.

<sup>294</sup> Sobre el concepto legal y elementos centrales, véase: RODRIGUEZ RAMOS, M. J., *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 92 ss.

<sup>295</sup> GARCÍA MURCIA, J., "Cesión de trabajadores", en BORRAJO, E. (dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1988, pp. 281 y

Recordemos que el nudo gordiano de la investigación se centra en aclarar qué es el delito de tráfico ilegal de mano de obra y su delimitación respecto de determinadas infracciones administrativas laborales tipificadas en la LISOS. Entre los ilícitos administrativos laborales que la doctrina considera que se encuentran en la zona limítrofe con el delito de tráfico ilegal de mano de obra, está, además de la intermediación laboral irregular, la cesión ilegal de mano de obra. Por ello, adquiere gran relevancia concretar cuáles son las formas legales de cesión para poder identificar los supuestos ilegales de cesión de personas trabajadoras; ello, a su vez, nos permitirá situar la zona fronteriza entre la cesión ilegal de mano de obra, en cuanto infracción administrativa, y el delito de tráfico ilegal de mano de obra.

Como comentamos en las páginas precedentes, las distintas formas de intervención de terceros en la relación laboral dentro del mercado de trabajo siempre han estado en el punto de mira del legislador. Así se infiere del análisis de las distintas reformas laborales llevadas a efecto desde la Transición, partiendo de la prohibición de las ETT a su legalización y proliferación en momentos de crisis - reformas que, como ha apuntado un sector de la doctrina, se produjeron más como resultado de hechos consumados que por convencimiento de su necesidad<sup>296</sup>- hasta la desaparición del monopolio estatal en materia de intermediación laboral.

Dichas reformas estuvieron presididas por la idea de que lo pretendido en supuestos de contratación laboral de personas trabajadoras para cederlas a otras empresas es la elusión de normas laborales favorables a aquellas. Hecho que no siempre tiene que ser así si se equilibran los intereses del empresariado y los de las personas trabajadoras. No obstante, este planteamiento que partía de la idea de elusión de normas favorables es el que inspiró la rígida prohibición de cesión de personas trabajadoras contenida en el art. 43.1 ET, con la

---

ss.; BARREIRO GONZÁLEZ, G., "Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna", *REDT*, nº. 94, 1999, p. 177; LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C, *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia, 2003.

<sup>296</sup> En este sentido, véase CRUZ VILLALÓN, J., (dir.), GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. (dir.), MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2016, p. 543.

excepción de los supuestos en los que tal cesión sea llevada a efecto por ETT, tras la autorización de estas últimas.

Podemos afirmar que el art. 43 ET, hasta los años 90, contemplaba la genérica prohibición de contratar laboralmente a personas para cederlas temporalmente a otras empresas; sin embargo, con la aprobación del Real Decreto-Ley 18/1993, que legalizó las ETT, fue necesario introducir en la redacción del art. 43 ET una excepción al veto de disponer de mano de obra bajo esta fórmula, introduciendo que dicha cesión podría efectuarse a través de ETT legalmente autorizadas<sup>297</sup>. Sin embargo, como veremos a continuación, la realidad empresarial y laboral, sumada a la imprecisión normativa, provocó que fuera la doctrina jurisprudencial la que tuviera que dar respuesta a los interrogantes hermenéuticos que planteaba inicialmente el art. 43 ET; criterios jurisprudenciales que actualmente están contenidos en el art. 43.2 ET.

Algunos autores identifican la cesión ilegal con el tráfico de mano de obra<sup>298</sup>, motivo por el que prestamos especial atención a este precepto y su consiguiente sanción por la vía administrativo-laboral, con el fin último de intentar establecer en qué supuestos el ilícito habría de ser sancionado penalmente. Procede advertir que el art. 43 ET, en su apartado 4, califica la acción ilícita cuya ilegalidad se infiere de los apartados 1 y 2 del art. 43 ET como “tráfico prohibido”. El art. 43.1 ET no establece la imposibilidad de materializar la acción descrita, sino que prohíbe que sea llevada a cabo por sujetos distintos a las ETT. En principio, queda claro que el ordenamiento laboral sólo admite la cesión de mano de obra si se lleva a cabo a través de una ETT. Así lo corroboró el TS en su sentencia de 12 de diciembre de 1997<sup>299</sup>: “es este el único supuesto (el de las ETT) en que, por vía de excepción, el ordenamiento laboral acepta la cesión de trabajadores

---

<sup>297</sup> Respecto del carácter atípico de las ETT, la doctrina científica ha manifestado que este se traduce en una “titularidad bicéfala” que conlleva un reparto de las facultades básicas del poder empresarial entre cedente y cesionario, véase: OLMO GASCON, A., “Contractualidad laboral y empresas de trabajo temporal”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº. 39, 1996, pp. 108 y ss.

<sup>298</sup> Véase en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., (dir.), GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), GOERLICH PESET, J. M<sup>º</sup>. (dir.), MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 543; BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO J., *Derecho penal del Trabajo*, cit., p. 83.

<sup>299</sup> STS (Social) 12/12/1997, rec. 3153/1996, (RJ/1997/9315).

con la consiguiente configuración disociada de la relación de trabajo”. Sin embargo, esta situación ha cambiado, al menos de facto, por la proliferación de las empresas multiservicios, siendo, en este caso necesario diferenciar entre supuestos de contrata lícita (art. 42 ET) y de cesión ilegal (art. 43.2 ET)<sup>300</sup>.

La redacción que se realizó del art. 43 ET en 1980 planteó interrogantes hermenéuticos, que la doctrina resolvió de forma prácticamente unánime. La delimitación de la acción antijurídica como reclutamiento “y” contratación, frente al reclutamiento “o” contratación anterior, provocó que se cuestionase la posible exclusión de la intermediación laboral, también denominada “cesión indirecta”<sup>301</sup>, a lo que debemos añadir la prolífica doctrina jurisprudencial que delimita y conceptúa la cesión de mano de obra.

Actualmente, el art. 43 ET no diferencia entre “reclutamiento” y contratación de personas trabajadoras para cederlas ya que se trata de dos supuestos distintos y dependerá de la existencia o no de relación laboral. El art. 43 ET, únicamente se refiere a la cesión temporal ya que la actividad de intermediación, como hemos visto, se regula de manera distinta y diferenciada de la cesión. Esta terminología inducía a error, llegando a interpretarse que la diferencia radicaba en la temporalidad de la cesión, siendo el préstamo de duración más breve que la cesión, la cual se consideraba una puesta a disposición de mayor duración<sup>302</sup>.

Por tanto, la regulación e interpretación del art. 43 ET ha ido evolucionando y ampliando su perspectiva, pasando desde una posición de prohibición casi absoluta a la permisividad de la cesión de mano de obra, si se realiza mediante una ETT, y sin el requisito de que se contrate inicialmente con el objeto de

---

<sup>300</sup> El rápido avance de la descentralización productiva ha provocado que as empresas multiservicios sean utilizadas en la practica como disfunción del recurso legitimo que son las ETT, donde se observa que hay empresas cuyo objeto es múltiple, vinculado a “actividades auxiliares” (servicios de asesoramiento fiscal, laboral, servicios de limpieza, seguridad, informáticos, etc.). En este sentido, véase, GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *Actualidad laboral*, nº, 1, 2001, p. 42; MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S., “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (dirs.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, p. 7.

<sup>301</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “Cesión de trabajadores”, en BORRAJO, E., (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1982, p. 275.

<sup>302</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “Cesión de trabajadores”, cit., pp. 288-289.



ceder<sup>303</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ha manifestado que “pese a la defectuosa redacción del artículo 43 ET, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido”<sup>304</sup>.

La doctrina jurisprudencial considera que para que exista cesión ilegal basta con que se produzca la interposición en virtud de la cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no ostenta tal condición, es decir, que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige a la persona contratada y la retribuye, no es formalmente empresario laboral, ya que su lugar está ocupado por un titular ficticio<sup>305</sup>. La actual redacción del art. 43 ET, en su apartado 2, integra, como se ha señalado, los criterios jurisprudenciales que han venido a delimitar el concepto de cesión ilegal de personas trabajadoras.

Por otra parte, se puede observar que nuestro ordenamiento jurídico no establece prohibición general alguna que impida al empresariado recurrir a la externalización para llevar a cabo su actividad productiva, como se desprende del art. 42 ET. Esta circunstancia supone que la denominada descentralización productiva es lícita, independientemente de las reservas legales e interpretativas que sean necesarias para evitar que mediante esta vía se vulneren derechos de las personas trabajadoras<sup>306</sup>. Esta descentralización también se conoce como

---

<sup>303</sup> STS 4 marzo de 2008 (RJ/2008/1902). Véase también, ORTIZ FONT, E., “La descentralización productiva y la cesión ilegal de trabajadores. El papel desempeñado por la ITSS en el deslinde de ambos fenómenos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº.128, (Ejemplar dedicado a: Derecho del Trabajo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social), 2017, pp. 141-160.

<sup>304</sup> STS 20/07/07, rco. 76/06 (RJ/2007/6961).

<sup>305</sup> STS (Social) 14/09/2001, rcud. 2142/00 (RJ/2002/582): “De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. 8 (...) lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001 - un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal”

<sup>306</sup> STS (Social) 27/10/94, rec. 3724/1993, (RJ/1994/8531).

“outsourcing”<sup>307</sup>; no obstante, rechazamos este término por su imprecisión conceptual, además, el mismo permite su traducción al castellano como “suministro del exterior”<sup>308</sup>.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha interpretado que la finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, es decir, que se preserve la indemnidad de la relación laboral, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. En nuestra opinión, se identifica con el bien jurídico protegido por el 312.1 CP. Por ello, el Alto Tribunal ha precisado que la cesión ilegal ex art. 43 ET contempla el supuesto de la interposición<sup>309</sup>. La interposición conlleva varios negocios jurídicos coordinados, que son: por una parte, la existencia de un acuerdo entre dos empresarios, el real y el formal, para que el segundo proporcione al primero mano de obra; esta será utilizada por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial. Por otro lado, existe un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y la persona trabajadora. Finalmente, también existe un contrato efectivo de trabajo entre esta última y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal<sup>310</sup>. Por tanto, la

---

<sup>307</sup> En este sentido véase: MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., VELA JIMÉNEZ, M. J., DE LUIS CARNICER, M. P. y PÉREZ PÉREZ, M., “Externalización, flexibilidad laboral y resultados de la empresa española”, *Economía industrial*, nº 375, 2010, pp. 217-225; MERINO DE LUCAS, F., “Externalización y cambio de localización en la actividad productiva”, *Revista de Estudios Empresariales*. Segunda época, nº. 1, 2008, pp. 4-20. Asimismo, podemos adelantar que un sector de la doctrina ha manifestado que la robotización y digitalización ha generado una descentralización productiva extrema, manifestando el paso “del outsourcing al botsourcing”, véase: MERCADER UGUINA, J. R., “Disrupción tecnológica, robótica y nuevas formas de trabajo”, *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, nº. 2, 2017, pp. 87 y 102.

<sup>308</sup> LOPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C, *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, cit., p. 22.

<sup>309</sup> SSTS 21/03/97, rec. 3211/1996, (RJ/1997/2612); 14/09/01, rcud 2142/00; 17/12/01, rec. 244/2001 (RJ/2002/3026); 17/01/02, rcud 3863/00. (RJ/2002/3755); 30/11/05, rcud 3630/04, (RJ/2006/1231); 14/03/06, rcud 66/05, (RJ/2006/5230); 17/04/07, rcud 504/06, (RJ/2007/3173); 04/03/08, rec. 1310/2007, (RJ/2008/1902).

<sup>310</sup> La problemática de la descentralización productiva respecto a la figura del empresariado y su ordenación jurídica, provoca un problema en ciertas circunstancias para identificar al empresario real. En este sentido, véase, FERNANDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar, en FERNANDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F., (coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid, 2004, p.41; DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

jurisprudencia ha señalado que basta con que se produzca una de esas circunstancias para que exista cesión ilegal de mano de obra<sup>311</sup>.

En el art. 43.2 ET, “bajo el concepto común de cesión ilegal”, se regulan realmente fenómenos distintos, debiendo distinguirse, por un lado, las cesiones de personas trabajadoras entre empresas reales, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio<sup>312</sup>. Respecto a este aspecto, la jurisprudencia ha remarcado la irrelevancia de la realidad empresarial, pues aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros, los cuales, generalmente, carecen de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión ilegal, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas<sup>313</sup>, de manera que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si, en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio<sup>314</sup>.

Por tanto, para que se aprecie cesión ilegal, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, como ha manifestado la jurisprudencia, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de

---

<sup>311</sup> Véase, STSJ Valladolid 10-2-10 (EDJ/43318).

<sup>312</sup> En este sentido, véanse: SSTS 21/03/97, rec. 3211/1996 (RJ/1997/2612); 14/09/01, rcud 2142/00 (RJ/2002/582); 17/12/01, rec. 244/2001 (RJ/2002/3026); 17/01/02, rcud 3863/00 (RJ/2002/3755); 30/11/05, rcud 3630/04 (RJ/2006/1231); 14/03/06, rcud 66/05 (RJ/2006/5230); 17/04/07, rcud 504/06 (RJ/2007/3173); STS 04/03/08, rec. 1310/2007 (RJ/2008/1902). Asimismo, el Tribunal Supremo ha reiterado que la cesión, como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. En este sentido, véanse las SSTS 03/10/05, rcud 3911/04 (RJ/2005/7333); 30/11/05, rec. 3630/04 (RJ/2006/1231); 17/04/07, rcud 504/06 (RJ/2007/3173); y 20/07/07, rco 76/06 (RJ/2007/6961).

<sup>313</sup> Son numerosas las sentencias en este sentido, entre otras, SSTS 14/09/01, rcud 2142/00 (RJ/2002/582); 17/01/02, rec. 3863/2000 (RJ/200273755); 16/06/03, rcud 3054/01 (RJ/2003/7092); y 14/03/06, rcud 66/05 (RJ/2006/5230).

<sup>314</sup> SSTS 12/12/97, rec. 3153/1996 (RJ/1997/9315); y 24/04/07, rcud 36/06 (RJ/2007/6372).

dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquel no es más que un delegado de la empresa principal<sup>315</sup>.

Ciertamente, la esencia de la cesión ilegal no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino en que esa organización «no se haya puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia. De este modo, se contempla la cesión, ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias, sino como una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales<sup>316</sup>.

En resumen, en atención al art. 43.2 ET, y como ya se ha adelantado, se incurre en cesión ilegal de mano de obra cuando se observa alguna de las siguientes circunstancias<sup>317</sup>:

1. El empresario cedente no ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario; es decir, no pone a disposición de la empresa cesionaria la organización empresarial que posee<sup>318</sup>. Por ello, no ejerce la dirección del servicio, ni gestiona la prestación del mismo por carecer de una organización autónoma e independiente. Tampoco ejerce, respecto de las personas trabajadoras contratadas, el poder de dirección y el poder disciplinario, dependiendo estos aspectos de la empresa a la que supuestamente solo se le

---

<sup>315</sup> En este sentido, entre otros pronunciamientos encontramos: SSTS 14/09/01, rec. 2142/00; 17/01/02, rec. 3863/2000 (RJ/2002/3755); 16/06/03, rcud 3054/01 (RJ/2003/7092); y 14/03/06, rcud 66/05 (RJ/2006/5230).

<sup>316</sup> En este sentido encontramos los siguientes pronunciamientos del Alto Tribunal: SSTS 17/07/93, rcud 712/92 (RJ/1993/5688); 19/01/94, rcud 3400/92 (RJ/1994/352); 12/12/97, rec. 3153/96 (RJ/1997/9315); 03/02/00, rec. 1430/99 (RJ/2000/1600); 14/09/01, rcud 2142/00; 27/12/02, rec. 1259/02 (RJ/2003/1844); 16/06/03, rcud 3054/01 (RJ/2003/7092); 11/11/03, rec. 3898/02 (RJ/2004/283); 20/09/03, rcud 1741/02 (RJ/2004/260); 03/10/05, rcud 3911/04 (RJ/2005/7333); 30/11/05, rcud 3630/04 (RJ/2006/1231); 14/03/06, rcud 66/05 (RJ/2006/5230); 24/04/07, rcud 36/06 (RJ/2007/6372); 21/09/07, rcud 763/06 (RJ/2007/8596); 26/09/07, rcud 664/06 (RJ/2007/7898); y 04/12/07, rcud 1377/06 (RJ/2008/1195).

<sup>317</sup> Véase: STS 2/11/16, (EDJ/215611); 26/10/16, (EDJ/202737).

<sup>318</sup> Véanse: STS 24/06/08, (EDJ/166870); 11/05/11, (EDJ/91320); 2/06/11, (EDJ/131436).

presta un servicio<sup>319</sup>. Conforme a la jurisprudencia, en este supuesto, nos encontraríamos ante la cesión de trabajadores en sentido propio<sup>320</sup>.

2. La empresa cedente carece de una actividad o de una organización propia y estable. La empresa no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad. En este caso, nos encontramos ante un supuesto de simulación contractual. La consecuencia de esta simulación es el levantamiento del velo, de la apariencia ilícitamente creada. Ello que supone considerar como empresario a quien lo es realmente desde el principio de la relación<sup>321</sup>.

3. La empresa cedente no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad<sup>322</sup>.

En atención a lo analizado, para que se aprecie cesión ilegal de mano de obra, es necesario el suministro de la misma por parte de la empresa contratista o subcontratista sin aportar los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial<sup>323</sup>; lo que puede ocurrir tanto con la concurrencia de empresas ficticias, como así, inicialmente, se entendió, sino también, con la interposición de empresas reales<sup>324</sup>.

Desde su origen, como antes decíamos, se ha planteado un debate acerca de la configuración del ilícito<sup>325</sup>; aportar algo de luz a dicho debate es parte del

---

<sup>319</sup> Véase: STSJ Asturias 16/10/18, (EDJ/624058).

<sup>320</sup> Véase: STSJ Valladolid 10/02/10, (EDJ/43318).

<sup>321</sup> Véase: STS 11/07/12, (EDJ/195807); 25/01/12, (EDJ/26408).

<sup>322</sup> Véase: STS 4/05/11, (EDJ/79334).

<sup>323</sup> Véase: STS 26/09/07, (EDJ/184518); 4/12/07, (EDJ/274868); 11/12/08, (EDJ/272960).

<sup>324</sup> Véase: STS 7/04/09, (EDJ/72859).

<sup>325</sup> En este sentido, el Grupo de Investigación PAI SEJ-322, Departamento Antón Menger, Universidad de Huelva, señala: “Sin embargo, el propósito del legislador de 1994 se vio pronto superado por los acontecimientos; las fronteras entre las formas legales e ilegales de cesión de trabajadores se diluían en una multiplicidad de fenómenos variables que iban desde la más pura cesión ilegal del artículo 43 a los supuestos de cesión mediante contrata y subcontrata de obras o servicios basados en el régimen jurídico del artículo 42 ET. A los pocos años de vigencia de la reforma, Cruz Villalón podría hablar de «la permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo»; y el artículo 43 ET no estaba en condiciones de darle respuesta”; “Sin embargo, pronto se pudo observar cómo la aparición de nuevos fenómenos organizativos, bajo la apariencia de contrata y subcontrata de obras y servicios que en ocasiones encubrían auténticas cesiones de mano de obra, provocaban de nuevo el debate sobre las fronteras entre las relaciones triangulares de trabajo legales e ilegales”, en PÉREZ GUERRERO, M<sup>a</sup>. L. y

objetivo de la presente investigación. Particularmente, se analizará si el incumplimiento laboral exige alguna intencionalidad o ánimo especulativo o defraudatorio. La polémica que surgió bajo la anterior redacción del art. 43 ET, en nuestra opinión, se mantiene en la actual redacción<sup>326</sup>.

Al no estar descrito el ilícito de forma lo suficientemente precisa, las soluciones ofrecidas, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, han sido, en ocasiones, contradictorias. A priori, la doctrina científica se ha pronunciado principalmente entendiendo el carácter objetivo de la prohibición, mientras que los tribunales, en ocasiones, han añadido al incumplimiento laboral requisitos adicionales de motivación<sup>327</sup>. En nuestra opinión, es desacertado incluir requisitos de motivación; el mero incumplimiento de la prohibición conlleva la sanción laboral (mediante la aplicación del art. 8.2 y 18.2.c) LISOS, como precisó la Sala de lo Social del TS en su sentencia de 25 de junio de 2009<sup>328</sup>.

Del análisis de las sentencias recaídas en la materia en el orden social se puede inferir que se ha producido una evolución hacia una concepción omnicomprendensiva del art. 43 ET. Los órganos judiciales consideran que se materializa el ilícito cuando se cometen, tanto comportamientos intencionados que dañan el interés de la persona empleada, como otros de índole más objetiva,

---

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº.128, (Ejemplar dedicado a: Derecho del Trabajo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social), 2017, p. 19 y pp. 23-24, <http://vlex.com/vid/43-estatuto-trabajadores-temporal-288105>, en línea, consultado el 27 de julio de 2019. También: CRUZ VILLALÓN, J., “La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, *Temas Laborales*, nº. 56, 2000, p. 1.

<sup>326</sup> Véase, en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., (dir.), GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. (dir.), MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 543. También, OLMO GASCÓN, A. M., “El marco normativo de la cesión ilegal de trabajadores como referente y origen del tráfico ilegal de mano de obra”, *VLex*, 2016, p. 24, <http://vlex.com/vid/marco-normativo-cesion-ilegal-679296353>, en línea, 25 de julio de 2019.

<sup>327</sup> OLMO GASCÓN, A. M., “El marco normativo de la cesión ilegal de trabajadores como referente y origen del tráfico ilegal de mano de obra”, cit., pp. 29 y 41, <http://vlex.com/vid/marco-normativo-cesion-ilegal-679296353>, en línea, 25 de julio de 2019.

<sup>328</sup> STS (Social) 25/06/2009, rec. 57/2008(EDJ/166020).

eso sí, atribuyendo consecuencias jurídicas distintas en función de que estemos ante uno u otro supuesto<sup>329</sup>.

La presente investigación aspira a arrojar luz en la materia, en orden a determinar qué es el tráfico prohibido de mano de obra, cuándo debe ser sancionado laboralmente y cuándo penalmente, conscientes de que el delito implica distintos incumplimientos laborales, entre los que se encuentra la cesión ilegal de mano de obra prohibida en el art. 43 ET y calificada como infracción muy grave en el art. 8.2 LISOS.

Asimismo, es infracción muy grave, en materia de ETT y empresas usuarias, formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos diferentes a los contemplados en el art. 6.2 LETT, como se indica en los arts. 18.3.b) y 19.2.b) LISOS.

Como norma general, no se considera cesión ilegal el traspaso de personas trabajadoras entre las diferentes empresas de un grupo, dado que con la movilidad entre dichas empresas no se suele pretender generar un mecanismo interpositorio con objeto de ocultar al empresario real, excepto en supuestos especiales, en los que se pretenda, fraudulentamente, perjudicar los derechos de las personas trabajadoras afectadas. Ahora bien, el hecho de que no se califiquen estos supuestos de cesión ilícita, no implica que no exista cesión entre las empresas del grupo, por lo que estas personas trabajadoras tienen derecho al reconocimiento de su antigüedad, desde el momento de la incorporación a la primera empresa del grupo<sup>330</sup>. Sin embargo, dicha posibilidad se limita a supuestos especiales, en atención a la admisión de fenómenos circulatorios de las personas trabajadoras dentro del grupo de empresas<sup>331</sup> y, de la posibilidad de prestar servicios a la vez a diferentes personas jurídicas<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> CRUZ VILLALÓN, J., (dir.), GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. (dir.), MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 543.

<sup>330</sup> STS 25/6/09, (EDJ/166020).

<sup>331</sup> STS 19/02/09, (EDJ/22966); 25/06/09, (EDJ/166020); STSJ Cataluña 28/06/11, (EDJ/196469).

<sup>332</sup> STSJ Valladolid 9/02/11, (EDJ/28088).

Esta solución puede basarse en la admisión, por parte de los órganos judiciales, de que no se dañan los intereses generales y abstractos que afecten de manera concreta y general a las personas trabajadoras, interpretación, como veremos, que han realizado los órganos judiciales del orden penal en relación con el bien jurídico protegido por el art 312.1 CP. Así lo podemos observar cuando, en reiteradas ocasiones, el Tribunal Supremo ha manifestado que “los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real (...) (respondiendo) la movilidad a razones técnicas y organizativas (...), en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43”<sup>333</sup>. El propio Tribunal Supremo indica el límite entre la infracción administrativo-laboral (art. 8.2 LISOS) y el delito (312.1 CP), que es la falta de garantías para las personas trabajadoras, para lo que habrá que acudir al art. 43 ET y a su interpretación doctrinal, pero deja la puerta abierta a que se sigan aplicando criterios subjetivos de motivación, como la intencionalidad defraudatoria del sujeto activo, para sancionar o no una conducta.

Como ya se ha adelantado, aceptar criterios motivacionales, a la hora de sancionar, se aparta de la aplicación objetiva de las normas, en este caso, del art. 43 ET, que ha de regir en ámbito laboral. Los elementos subjetivos, como el ánimo o la intención defraudatoria por parte del sujeto activo, no deben ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales del orden social para la apreciación de la existencia del incumplimiento laboral; sólo para la graduación de la sanción aplicable al ilícito administrativo *ex* art. 39.2 LISOS. De esta forma, se podrá garantizar la seguridad jurídica, conocer qué ilícito se ha cometido y el motivo de la sanción. De lo contrario, determinadas motivaciones judiciales pueden causar confusión, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la cesión de mano de obra realizada dentro de un grupo de empresas, objetivamente prohibida por el art. 43 ET, pero que es admitida por los tribunales al considerarla lícita.

---

<sup>333</sup> STS 26/11/1990 (RJ/1990/8605); STS 30/6/1992; STS 25/6/2009 (RJ/2009/3263).



En todas las sentencias examinadas se destaca la relevancia de la actuación empresarial en el marco de la contrata como elemento principal para calificar la situación resultante, de forma que, como precisó el Tribunal Supremo, “para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores”<sup>334</sup>.

Objetivamente, la dislocación subjetiva en quien emplea es la que provoca inseguridad jurídica en la persona empleada, siendo este el hecho que influye en el mercado de trabajo. Esta dislocación subjetiva introducida por el ordenamiento laboral es el elemento innovador que lo diferencia del fraude de ley prohibido por el ordenamiento civil, así como por el laboral. Con la cesión de mano de obra se objetiva el ilícito. Se suprime la necesidad de demostrar perjuicio singular o voluntad defraudatoria; de no ser así, “se trataría de un precepto absolutamente innecesario, inocuo y vacío”<sup>335</sup>, pues bastaría con la aplicación directa del art. 6.4 del Código Civil.

---

<sup>334</sup> STS 18/05/16, rec 3435/14 (RJ/2016/2750).

<sup>335</sup> CRUZ VILLALÓN, J., (dir.), GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. (dir.), MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 544.

## **2. La cesión legal de mano de obra a través de las empresas de trabajo temporal**

### **2.1. Concepto y régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal**

Las empresas, además de la contratación directa de personas trabajadoras y del recurso a las contratadas y subcontratadas (art. 42 ET), también puede concertar con una ETT un contrato de puesta a disposición, conforme al art. 43.1. ET. Dicho precepto permite la contratación de personas trabajadoras para cederlas temporalmente a otras empresas, siempre que dicha cesión se efectúe a través de ETT. Así pues, la cesión requiere, por un lado, de una duración determinada y, por otro, que la misma se realice a través de una ETT, debidamente autorizada. Por tanto, las ETT están sometidas al ET (arts. 1.2 y 43.1 ET); a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT (en adelante: LETT), así como al Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/94; y, al Real Decreto 216/1999 de 5 de febrero sobre Disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las ETT.

La definición de ETT la encontramos en el artículo 1 LETT. El precepto establece que son ETT aquellas empresas cuya actividad consiste en la puesta a disposición de otra empresa usuaria, de forma temporal, de personal contratado por ella. La contratación con una ETT genera una relación triangular; personas trabajadoras son contratadas por una ETT, y esta realiza un contrato de puesta a disposición con una empresa usuaria (este tipo de contrato no se rige por la legislación laboral sino por la legislación mercantil y civil). Las personas trabajadoras cedidas tienen en la empresa usuaria los mismos derechos básicos que quienes están contratados por dicha empresa (remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos, ex art. 11.1 LETT) y es la ETT la que se encarga del pago del salario, de las obligaciones en materia de Seguridad Social y de la formación en riesgos laborales (art. 12 LETT). La empresa usuaria ostenta el poder de dirección sobre la persona que realiza el trabajo, pero no el disciplinario, que le corresponde a la ETT (art. 15 LETT); no obstante, esta puede ejercitarlo a petición de la empresa usuaria. Además, como

ya se señaló, pueden actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos.

En la propia definición de ETT se especifica que se trata de una puesta a disposición temporal, es decir, la cesión tiene una duración determinada, siendo ilícita la cesión indefinida de la persona trabajadora. No obstante, un sector de la doctrina defiende que el requisito de temporalidad carece de sentido como criterio diferenciador<sup>336</sup>, debido a la aparición del suministro permanente de trabajadores de manera continuada con la finalidad de cubrir, en la empresa, puestos laborales permanentes<sup>337</sup>. Ciertamente, lo que se permite a la empresa usuaria es poder cubrir necesidades coyunturales de la producción, ya sea mediante la contratación temporal directa o mediante la utilización de personas trabajadoras de una ETT (cesión legal de mano de obra)<sup>338</sup>. Por ello, debemos entender que la temporalidad no es un requisito para que surta efecto el contrato de puesta a disposición, sino que es la situación de eventualidad la que provoca que se recurra a dicho contrato, es decir, la esencia del contrato de puesta a disposición recae en la eventualidad y no en la temporalidad<sup>339</sup>. Debemos

---

<sup>336</sup> Véase en este sentido, PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 58, 2005, p. 209.

<sup>337</sup> PÉREZ GUERRERO, M. L. & RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº. 58, 2005, p. 209.

<sup>338</sup> No obstante, como acertadamente ha señalado la doctrina iuslaboralista, “por más amplias que lleguen a ser las funciones de las ETT y por mucha confianza que el legislador deposite en este tipo de empresas como agentes dinamizadores del mercado de trabajo, no se puede negar que éstas no pueden luchar por sí solas contra los problemas estructurales del mercado de trabajo español: debe admitirse que en un sistema caracterizado tanto por las dificultades de acceso o mantenimiento de un puesto de trabajo como por los cada vez más estrictos requisitos de acceso a la pensión de jubilación, las posibilidades reales de incorporación al mercado de trabajo desencadenan cada vez consecuencias más serias”, SELMA PENALVA, A., “El cada vez más amplio papel que las ETT desempeñan en la formación profesional de los trabajadores más jóvenes”, *Revista de Información Laboral*, nº. 3, 2015, p. 93. Asimismo, la descentralización productiva, como ha señalado la doctrina, tiene “un impacto muy intenso en el campo de la salud y seguridad laboral”, en RODRÍGUEZ EGÍO, M. M., “La seguridad y salud de los trabajadores en el marco de la descentralización productiva”, en VALENCIA SÁIZ, A. (Coord.), *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho*, Grupo Eumed.net, 2014, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/seguridad-trabajadores.html>, p. 1.

<sup>339</sup> Véase en este sentido, PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.), *la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 117. También, LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral de los*

entender que todas las situaciones de eventualidad que superen los plazos legalmente establecidos, pierden su carácter coyuntural o temporal, convirtiéndose en una actividad permanente, pudiendo ser tráfico prohibido tipificado y sancionado en la LISOS.

Las ETT requieren una autorización administrativa como establecen los arts. 43.1 ET y 1 y 2 LETT (ley 14/1994), por parte de la Administración competente, normalmente la Comunidad Autónoma (art. 2.2 LETT). La autorización será única y tendrá eficacia en todo el territorio nacional, concediéndose sin límite de duración. Los requisitos para su autorización, contenidos en el art. 2.1 LETT, son:

a) Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social. Ello incluye un número mínimo de personas trabajadoras (art. 2.3 LETT).

b) Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de ETT, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.

c) Encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

d) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones salariales, indemnizatorias y con la Seguridad Social. Para obtener la autorización y durante el primer año de ejercicio, la garantía debe alcanzar un importe igual a 25 veces el SMI vigente en ese momento, en cómputo anual. En los ejercicios siguientes, la garantía deberá alcanzar un importe igual al 10% de la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior (art. 3.2 LETT).

e) No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.

---

*trabajadores puestos a disposición: Aspectos individuales y colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 97.

f) Incluir en su denominación los términos «empresa de trabajo temporal» o su abreviatura "ETT".

Asimismo, el art. 4 LETT establece que la ETT debe ser registrada ante la Administración autorizante.

## **2.2 Régimen sancionador**

En el supuesto de actuación ilegal por parte de una ETT, se derivan las siguientes consecuencias:

La ETT que no disponga de la pertinente autorización administrativa incurrirá en cesión ilegal de mano de obra ex art. 8.2. LISOS. A modo de ejemplo, solo citaremos algunas de las posibles infracciones del art. 18 LISOS, de las que destacaremos aquellas que deberían ser consideradas tráfico ilegal de mano de obra.

En el supuesto de no comunicar la actualización anual de la garantía financiera, al igual que no comunicar a la Administración Laboral toda la información reglamentaria, se considerará falta grave (art. 18.2.b LISOS). Asimismo, si no se informa en sus anuncios como ETT y su número de autorización, es falta leve (art. 18.1.b LISOS).

Además, la empresa usuaria cometerá una falta muy grave si concerta contratos de puesta a disposición con una ETT para sustituir a personas trabajadoras en huelga (art. 19.3.a LISOS). En cuanto a la responsabilidad contractual, cuando las contrataciones se lleven a cabo con una ETT autorizada, pero para supuestos no autorizados o prohibidos, responderán solidariamente la ETT y la empresa usuaria (art. 43.2 ET).

La persona trabajadora ostenta una serie de derechos frente a la ETT. Uno de ellos, es la gratuidad de los servicios de la misma (art. 12.4 LETT). El cobro a quienes realizan el trabajo por dichos servicios se tipifica como infracción administrativa grave (art. 18.2.e) LISOS), pero en nuestra opinión, esta infracción no debe ser considerada una simple infracción grave; es fundamental elevar su graduación, en los supuestos más graves. Partiendo de la fundamentación

teórica sobre la protección de la indemnidad laboral que hemos realizado en la presente tesis doctoral, consideramos que debe aumentar su calificación y considerarse infracción muy grave para que, en los supuestos donde pueda existir indicios razonables de imputabilidad penal, se de traslado a la jurisdicción penal con el fin de que esta pueda apreciar si se dan los requisitos de tipicidad del 312.1 CP sobre tráfico ilegal de mano de obra. Ciertamente, el cobro a la persona empleada influye negativamente en el mercado de trabajo y la legislación laboral.

A continuación, nos detenemos en el análisis de la interesante sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2018; la misma resolvió el recurso de suplicación interpuesto por Adecco TT frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona de 8 de noviembre de 2017<sup>340</sup>, que resolvió el conflicto promovido por Adecco T.T., SA, Empresa de Trabajo Temporal, contra el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia de la Generalidad de Cataluña, las empresas Norwegian Air Resources, Norwegian Air Shuttle y una trabajadora. La sentencia consideró acreditados los hechos constatados en el acta de infracción de la ITSS. Sucintamente, se constató que “en el centro de trabajo Aeropuerto de Barcelona, por Adecco T.T, SA, se habían llevado a cabo 322 contratos de puesta disposición, que afectaban a un total de 127 trabajadores, en el periodo de febrero de 2014 a marzo de 2015, de acumulación de tareas, para implantación de los procedimientos operativos internos en prácticas de vuelo de la compañía, para la empresa usuaria Norwegian Air Shuttle Asa, compañía aérea noruega de transporte de viajeros, la cual no tenía ningún trabajador en alta durante este periodo”<sup>341</sup>. Como consecuencia de estos hechos, por Resolución de 2 de marzo de 2016, se confirmó e impuso la sanción propuesta la ITSS por la infracción muy grave consistente en la cesión ilegal de

---

<sup>340</sup> MIÑARRO YANINI, M., “Más allá de los límites legales del contrato de puesta a disposición: el «low cost» infractor de las empresas de trabajo temporal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 6197/2018, de 23 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº. 432, 2019, pp. 133-137.

<sup>341</sup> STSJ de Cataluña Sentencia 6197/2018, de 23 de noviembre de 2018 Sala de lo Social (Rec. Nº 4877/2018) (AS/2019/948): [https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ059435\\_0.pdf](https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ059435_0.pdf)

mano de obra, prevista en el art. 8.2 de la LISOS, cuya cuantía ascendió a 60.000 euros, al aplicarse en grado medio atendiendo al número de personas afectadas.

Frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona de 8 de noviembre de 2017, la ETT interpuso un recurso de suplicación. Entre la pluralidad de motivos en los que fundamentó el recurso, nos centraremos en el que la ETT alega la infracción de ley por incorrecta aplicación del tipo infractor del art. 8.2 LISOS y, consecuentemente, de la sanción impuesta. Su alegato se basa en que el fraude de ley en la contratación por inexistencia de causa temporal está tipificado de forma específica en el ámbito de las ETT, en el art. 18.2 c) LISOS, como infracción grave, debiéndosele aplicar este tipo infractor y no el tipo genérico de la cesión ilegal de mano de obra.

Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el art. 43 ET recoge la tradicional prohibición de la cesión ilegal de mano de obra. Se prohíbe, de forma genérica, “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa”; prohibición que fue matizada por el RD-L 18/1993 que legalizó las ETT, incorporando una excepción a la norma general: “solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”. La prohibición se halla tipificada en el art. art. 8.2 LISOS, donde “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”, tiene la consideración de infracción administrativa laboral muy grave, que puede ser sancionada con multa de 6.251 a 25.000 euros, en grado mínimo, de 25.001 a 100.005 euros, en grado medio, y de 100.006 a 187.515 euros, en grado máximo, según dispone el artículo 40.1 c) de la LISOS.

Ciertamente, la redacción del art. 8.2 LISOS (“en los términos prohibidos por la legislación vigente”), es más amplia que la contemplada en el art. 43.1ET (“la que se realice al margen de las ETT”) ya que atendiendo a su literalidad y *strictu sensu* respecto de la cesión de mano de obra, alcanzaría, además de a la cesión efectuada por otros sujetos distintos, a la cesión de mano de obra que efectúen las propias ETT sin respetar los límites previstos en la ley. Sin embargo, existe un marco jurídico específico para esos actores del mercado laboral, que no son ETT, contenido en la Sección 4.a del Capítulo II LISOS, referente a las “Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias”,

donde se establece, en el art. 18.2 c) que es una infracción grave “formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, o para la cobertura de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos”, siendo la sanción correspondiente, conforme al art. 40.1 b) LISOS, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio, de 1.251 a 3.125 euros y, en su grado máximo, de 3.126 a 6.250 euros.

Retomando la sentencia con la que se iniciaba el presente apartado, en atención a lo expuesto por la recurrente, el TSJ de Cataluña estimó parcialmente el recurso de suplicación por aplicación incorrecta del tipo infractor, argumentando, en el Fundamento jurídico 4º.2, que “resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en “los términos que legalmente se establezcan”; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizada, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del artículo 43 del ET”.

El Tribunal interpreta el art. 43.1 ET en el sentido de que “la infracción prevista en el artículo 8.2 hay que referirla a empresas que no siendo de trabajo temporal contraten a trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa”. El TSJ de Cataluña, además, señala que existe legislación específica en materia de infracciones de las ETT, destacando el tipo previsto en el art. 18.2 c) LISOS, ya que es el tipo que describe la conducta del supuesto examinado de la sentencia. Y, llegados a este punto, el Tribunal concluye que “por aplicación del principio de especialidad, con arreglo al cual la ley especial deroga a la ley general, es dicho artículo 18 el que resulta aplicable, y no el genérico artículo 8”. Este cambio interpretativo provoca la rebaja la sanción, reduciendo la cuantía al ajustarla a las infracciones graves, pero manteniendo el grado medio fijado por la sentencia de instancia, teniendo que abonar únicamente 3.125 euros. El TSJ de Cataluña, en definitiva, resuelve sobre la base del principio de *lex specialis derogat generali*.



### 3. EL USO FRAUDULENTO DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

#### 3.1 Planteamiento general

Como hemos observado, en la actualidad, cualquier empresa puede desarrollar su actividad productiva de forma centralizada o descentralizada, recurriendo, en este caso, a la externalización de servicios. Las opciones del empresario para contar con mano de obra son las siguientes:

- Contratación laboral directa de los trabajadores y trabajadoras que se necesiten para el desarrollo de la actividad productiva empresarial, incorporándolos a su plantilla.

- Concertar un contrato de puesta a disposición con una ETT para que ésta le suministre el personal necesario, que realizará el trabajo comprometido, estando el mismo bajo sus órdenes, pero sin incorporarse a su plantilla.

- Concertar una contrata de obras o servicios con otra empresa, para que esta, mediante su personal, desarrolle parte del proceso productivo externalizado (o subcontrata, si la empresa auxiliar de la principal contrata, a su vez, con otra empresa)<sup>342</sup>. El uso fraudulento de esta última opción puede dar lugar a una cesión ilegal de mano de obra.

La externalización de parte o partes del proceso productivo no solo está permitida por nuestro ordenamiento, sino que es llevada a cabo tanto en el sector privado como en el público. Por ejemplo, la Administración Pública recurre a la descentralización, al igual que lo hacen las empresas privadas, bien a través de fórmulas propias de las administraciones como son las concesiones

---

<sup>342</sup> La contrata ha sido definida como aquel tipo contractual «en virtud del cual una parte llamada contratista, asume la obligación de realizar una obra o servicio determinados a favor del empresario principal o comitente, que asume a su vez la obligación de pagar por ello un precio» MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas*, Fundación Confemetal, Barcelona, 1998; como “el acuerdo contractual por el que un contratista o titular de un encargo de contrata encomien - da a otro contratista la ejecución de determinadas obras o servicios que forman parte del encargo productivo más complejo que aquél se ha comprometido a realizar”, en MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”, en BORRAJO, E., (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1982, p. 107.

administrativas<sup>343</sup>, bien creando entes instrumentales<sup>344</sup>, a los que se les encomienda la realización de ciertas tareas o funciones, o la prestación de determinados servicios que en circunstancias ordinarias habrían sido llevadas a cabo por la propia Administración pública<sup>345</sup>, como son las sociedades mercantiles de capital público.

Como venimos analizando a lo largo de este trabajo, la contrata y subcontrata está permitida en el ordenamiento jurídico español, aunque no está exenta de discusión doctrinal<sup>346</sup>. La normativa reguladora de las contratas y subcontratas, en el ordenamiento laboral, la encontramos en el art. 42 ET, cuyo apartado 1 establece que los “empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social”.

---

<sup>343</sup> La jurisprudencia equipara, en relación a determinar la responsabilidad en materia laboral, las concesiones administrativas al régimen de trabajo en contratas que regula el art. 42 ET. En este sentido, se ha señalado que a responsabilidad solidaria que el mencionado artículo extiende al empresario principal procede también en los supuestos de concesiones administrativas que adjudican a terceros la realización de un servicio público. Véase, STS/Soc. de 15 de julio de 1996 (RJ 1996/5990); 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6910); 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8628); 14 (RJ 1996/9464); 23 (RJ 1996/9844) y 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9867) y 18 de marzo de 1997 (RJ 1997/2572). Asimismo, la STS/Soc. de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2007/1781) aprecia falta de contenido casacional en recurso interpuesto contra la sentencia que aplica tal doctrina.

<sup>344</sup> El artículo 103.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, define las entidades públicas empresariales como “*entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación*”. Estas entidades dependen de la Administración General del Estado o de un organismo autónomo vinculado o dependiente de ésta (art. 103.2), rigiéndose por el Derecho privado excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades administrativas y aquellos aspectos específicamente regulados por la ley (art. 104).

<sup>345</sup> MARTINEZ MORENO, C., “Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las Administraciones Públicas: algunos ejemplos de las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo asalariado”, en VV.AA., *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, CGPJ, Madrid, 2008, p. 191.

<sup>346</sup> HIERRO HIERRO, F. J., “La compleja delimitación de la frontera entre un caso de descentralización productiva lícita -la contrata- y la cesión ilegal de trabajadores: tres supuestos de cesión ilegal. Comentario a las SSTSJ Asturias 10 septiembre 2004 (AS 2005, 206), País Vasco 21 diciembre 2004 (AS 2005, 209) y Comunidad Valenciana 13 enero 2005 (AS 2005, 207)”, *Aranzadi social*, nº. 1, 2005, pp. 3126-3130.

El supuesto jurídico es la posibilidad de que las empresas realicen por sí mismas, con sus propios medios materiales y humanos, el objeto de su actividad empresarial, o bien, encarguen a otra la ejecución de determinadas tareas; y de que la empresa que recibe el encargo, lo realice ella misma o encomiende a una tercera persona/empresa su ejecución<sup>347</sup>.

Estas prácticas se encuentran muy generalizadas, gracias al fenómeno de la descentralización productiva y encuentra su fundamento en la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE, siendo su norma legal más relevante el art. 42 ET, donde se establecen ciertas cautelas en favor de las personas trabajadoras afectadas, dado el riesgo de fraude e incumplimientos empresariales. La doctrina científica ha considerado que la finalidad básica del art. 42 ET es establecer un régimen de responsabilidad económica compartida entre empresarios de la cadena de contratas, en caso de contratas y subcontratas de la propia actividad de la empresa principal<sup>348</sup>.

La subcontratación, como hemos avanzado anteriormente, es lícita conforme al art. 42 -se trate o no de contratas o subcontratas de la propia actividad, como veremos a continuación-, estableciéndose en dicho precepto un sistema de responsabilidad económica compartida en materia laboral y de seguridad social, entre empresas receptoras de los servicios de la persona trabajadora. Si los servicios subcontratados no son de la propia actividad de la empresa comitente sólo existirá responsabilidad subsidiaria en materia de Seguridad Social del propietario de la obra o industria contratada (art. 168.1 LGSS).

Para hacer frente al uso fraudulento de las contratas y subcontratas se aprobó la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, la cual modificó el art. 43 ET, elevando a rango legal los criterios e

---

<sup>347</sup> Dando lugar a una colaboración empresarial que puede dar lugar a cadenas de suministro de alcance nacional e internacional. En este sentido, SANGUINETTI RAYMOND, W., "La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales", en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: Un enfoque multidisciplinar*, Cincel, Madrid, 2008, pp. 447 y ss.; SANGUINETTI RAYMOND, W.; NOGLER, L. (pr.), *Redes empresariales y Derecho del trabajo*, Comares, Granada, 2016, p. 33; MARTINEZ MORENO, C., "Externalización productiva, creación de empleo decente desde la perspectiva de la OIT", cit., p. 52.

<sup>348</sup> En este sentido, véase SALINAS MOLINA, F., "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora", *Revista del Ministerio de Asuntos Sociales*, nº. 38, p. 205.

indicios elaborados por la jurisprudencia<sup>349</sup> para distinguir entre la lícita contrata de obras y servicios y la prohibición de ceder mano de obra. Sin embargo, pese a que actualmente dispongamos de “una definición legal más precisa”, que “concreta y define como verdaderas presunciones diversos supuestos del mecanismo interpositorio entre varias empresas” (STSJ de Cataluña 14 de enero de 2008), el problema parece no solucionarse mientras la presunción sea *iuris tantum*.

Es necesario detenerse, brevemente, en el concepto de "propia actividad", que, conforme a la tesis del “ciclo productivo” recogida en la STS de 18 de enero de 1995, incluye “operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que (el comitente) se propone prestar al público o colocar en el mercado”. Así pues, quedarían excluidas actividades no productivas o complementaria, como, por ejemplo, la contratación del servicio de cafetería en un hospital, o el de vigilancia o limpieza en una fábrica. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha definido el concepto de “propia actividad” en distintas sentencias. La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 20 de julio de 2005 (RJ\2005\5595) establece que “la noción de "propia actividad" ha sido ya precisada por la doctrina de la Sala en las sentencias de 18 de enero de 1995 (RJ/1995/514), 24 de noviembre de 1998 (RJ/1998/10034) y 22 de noviembre de 2002 (RJ/2003/510) en el sentido de que lo que determina que una actividad sea "propia" de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este sentido, la sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que, en principio, caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la "actividad indispensable", de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán "propia actividad" de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias; en el segundo, estas labores, no

---

<sup>349</sup> Véase en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., (dir.), GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. (dir.), MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 544.

"nucleares", quedan excluidas del concepto y, en consecuencia, de la regulación del artículo 42 ET. Pero, como precisa la Sentencia citada, recogiendo la doctrina de la sentencia de 18 enero de 1995, "si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial". Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 ET, que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que "ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente".

Asimismo, la STS UD 11 de mayo de 2005 (RJ\2005\6094), establece que "para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa", y que "también la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado esta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial".

Del art. 42.1 ET se desprenden las obligaciones que tiene el empresario principal, que se exponen a continuación:

A) Comprobar que el contratista o subcontratista está al corriente del pago de las cuotas de Seguridad Social. Si la entidad gestora no expide certificación en el plazo de 30 días, o la certificación es negativa, existe la exención de corresponsabilidad solidaria del empresario principal por las obligaciones en que pueda incurrir el contratista o subcontratista en materia de Seguridad Social durante la vigencia de la contrata. Sin embargo, si la certificación de descubierto es positiva, y la contrata se celebra, se asume la corresponsabilidad (responsabilidad solidaria) por las obligaciones de Seguridad Social incumplidas por el contratista o subcontratista.

B) Sin perjuicio de lo anterior, quienes contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada una de las personas trabajadoras que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata<sup>350</sup>. El incumplimiento de esta obligación es infracción grave (art. 22.11 LISOS)<sup>351</sup>.

El empresariado también tiene obligaciones en materia de información. El contratista o subcontratista debe comunicar a su personal y a la Tesorería General de la Seguridad Social la identidad del empresario principal (art. 42.3 ET). El empresario principal y la empresa contratista o subcontratista deben informar a los representantes legales de los trabajadores sobre diversos extremos (lugar de ejecución de la contrata, duración y objeto, identificación de las empresas...) relativos a la contrata o subcontrata celebrada (art. 42, números 4 y 5, ET).

Existe también la obligación de llevar un libro registro por parte de la empresa principal, donde se contengan tales extremos, cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo.

En cuanto a los derechos colectivos de las personas trabajadoras de la empresa contratista o subcontratista, tienen la obligación de la formulación de reclamaciones a la representación de las personas trabajadoras de la empresa principal cuando carezcan de representación propia; derechos de reunión conjunta a efectos de coordinación entre representantes legales de

---

<sup>350</sup> Véase art. 5.1 Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

<sup>351</sup> Art. 22.11 LISOS: “No comprobar por los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación o alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados”.

trabajadores/as de la empresa principal y de las empresas contratista y subcontratista (art. 42, números 6 y 7, ET).

Retomando el tema de la responsabilidad solidaria en materia laboral y de Seguridad Social, la persona trabajadora de la empresa de la contratista o subcontratista, o la Seguridad Social podrá dirigirse contra todos los responsables solidarios (empresa principal y empresa contratista o subcontratista), o contra cualquiera de ellos por separado, y reclamarles el total importe de la deuda (sin perjuicio del derecho de resarcimiento que corresponda a la empresa pagadora sobre los demás responsables solidarios).

La responsabilidad solidaria de la empresa principal sólo comprende las obligaciones contraídas por la empresa contratista y subcontratistas respecto de las personas trabajadoras ocupadas en la contrata o subcontrata y únicamente durante la vigencia de esta/s, siendo el plazo para exigir la responsabilidad de hasta 1 año después de concluida la contrata para las obligaciones salariales y, hasta 3 años después de concluida la contrata para las obligaciones de Seguridad Social.

El empresario principal es responsable subsidiario en materia de Seguridad Social, respecto de las empresas contratistas y subcontratistas, en caso de insolvencia de la empresa contratista, aunque la contratación no sea de su propia actividad, como se infiere de los arts. 142.1 y 168.1 LGSS.

En nuestra opinión, para sancionar penalmente la conducta, se debe ir más allá de criterios teóricos precisos y unificados, indicativos y determinantes para dictaminar la presencia de la figura prohibida del 312.1 CP. Se debe realizar un estudio de los casos concretos para establecer estos mismos criterios diferenciadores entre el uso fraudulento de las contrataciones como cesión de mano de obra. Nosotros no realizaremos dicho análisis, “pues son muy distintas las situaciones que, en la práctica, incluso en situaciones próximas, pueden darse”<sup>352</sup>. Con nuestro estudio pretendemos establecer, atendiendo al fin, el uso fraudulento de la contrata debe ser sancionado por el 312.1 CP, principalmente,

---

<sup>352</sup> STS 19/06/2012, rec. 2200/2011 (RJ/2012/8551).

cuando el uso fraudulento afecta a una pluralidad de sujetos y se lleve a cabo con habitualidad o continuidad.

### **3.2 Empresas de servicios: aproximación inicial**

Definir las empresas de servicios es una tarea ardua. Además, cada vez es mayor la especialización de las mismas, lo que provoca la aparición de empresas que prestan servicios poco cualificados y otras con un alto valor tecnológico.

Desde la perspectiva jurídico-laboral, se utiliza el término “empresas auxiliares”, expresión que, desde una perspectiva amplia, incluye todas las posibilidades de colaboración empresarial que, en principio, tengan relevancia laboral, independientemente de si se ha producido o no materialmente una externalización de actividades desde la empresa principal hacia otras empresas, así como de la forma en la que se articule la colaboración entre las mismas<sup>353</sup>. Las empresas auxiliares, a su vez, se clasifican en “dependientes” y “suministradoras de trabajadores”. Estas empresas de servicios o auxiliares prestan una única tarea; sin embargo, están aumentando las empresas multiservicios, contratistas que no están aglutinadas en la prestación de una única tarea sino de varias. Ello provoca que sea más difícil adscribirlas a los sectores tradicionales de actividad en los que se divide, a efectos laborales, la economía.

El recurso a las empresas de servicios es cada vez mayor por parte del sector privado y del sector público, como ya se ha señalado. Ello es así pues permiten ahorrar costes sociales, ofreciendo mayores ventajas que las ETT –aunque también mayores posibilidades de situaciones fraudulentas-, así como una mejor adaptación a las fluctuaciones del mercado, en el caso específico del sector privado. En lo que se refiere al sector público, como es sabido, la crisis económica ha generado un aumento del déficit, habiendo optado los Estados, siguiendo recomendaciones de la Unión Europea, por disminuir el tamaño de la

---

<sup>353</sup> ESTEVE-SEGARRA, A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 22.



Administración. Se ha dado lugar a una *nueva gestión pública*, en la que se parte de la premisa de que la Administración es más eficaz cuando se introduce en la misma el espíritu empresarial <sup>354</sup>, para caminar hacia el Estado mínimo al que Adam Smith aspiraba. Este modelo de gestión descentralizada, descansa, en buena medida en las empresas de servicios y multiservicios, potenciando su proliferación, al tiempo que disminuyen las plantillas públicas. Sin duda, el recurso a las empresas de servicios y multiservicios supone, en cierta medida, una huida del Derecho del Trabajo como ha defendido un sector de la doctrina<sup>355</sup>.

Cuando la contrata se desnaturaliza y se trasforma en una mera provisión de mano de obra, estaríamos ante una cesión ilícita de mano de obra<sup>356</sup>, como se ha señalado más arriba.

Como se ha señalado en numerosas ocasiones, sólo es posible contratar mano de obra para cederla temporalmente a otra empresa cuando se trata de ETT debidamente utilizadas. No obstante, a pesar de que la cesión se lleve a cabo por una ETT, también se puede incurrir en una cesión ilegal cuando se realiza en supuestos no permitidos que veremos más adelante.

### **3.3 El uso abusivo o desviado de las empresas de servicios y multiservicios**

La legislación laboral ha sufrido cambios significativos en la regulación de las relaciones triangulares, desde la restricción de las ETT a su desarrollo normativo y convivencia con las empresas de servicios y multiservicios o de gestión integral. Como hemos visto, definir estas últimas es complejo. Estas empresas operan en un sector extenso que ha incrementado su impacto social y productivo

---

<sup>354</sup> Sobre la nueva gestión pública y la privatización del sector, véase SANZ, A., “Las privatizaciones. Algunos aspectos generales”, *Cuadernos de relaciones laborales*, nº. 13. 1998, pp. 34 y ss.

<sup>355</sup> En este sentido, véase, CAVAS MARTINEZ, F., “La contratación administrativa de servicios como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº. 185, 2016, p. 43. Véase también: MARÍN ALONSO, I., “Modernización del empleo público y crisis económica: El incremento de abusos en la contratación temporal y la nueva figura del “funcionario interino temporalmente indefinido”, *Revista Derecho social y empresa*, nº 11, 2019, 98-124.

<sup>356</sup> Véase, STS 4/03/08, (EDJ/31215).

frente al sector industrial y primario, provocando, en cierta medida, la desaparición de la relación entre producción y servicios.

De manera amplia, se denomina “empresas auxiliares” a todas aquellas posibilidades de colaboración empresarial que, a priori, tengan relevancia laboral, con independencia de si se ha producido o no una externalización material de la actividad por parte de la empresa principal hacia otras empresas, así como de la forma en la que se articule la colaboración entre las mismas<sup>357</sup>. Estas empresas de servicios o auxiliares desarrollan una única actividad. Sin embargo, durante los últimos años se ha producido un aumento de las empresas multiservicios, contratistas que no se ocupan de la prestación de una única tarea sino de varias. Recurrir a ellas es cada vez más frecuente tanto en el sector privado como en el público. Se trata, en definitiva, acudir a empresas auxiliares especializadas que pueden pertenecer al propio sector productivo o a otros afines o interconectados<sup>358</sup>

La crisis económica y la necesidad de dar respuesta inmediata a las necesidades empresariales, así como la flexibilidad productiva que ofrece la contratación con empresas auxiliares es, en cierta medida, el causante de la proliferación de empresas auxiliares y de la huida del Derecho del Trabajo, pues los contratos entre empresa principal y auxiliar son civiles o mercantiles.

El uso descontrolado de la externalización de parte o partes del proceso productivo ha provocado una degradación de las condiciones laborales de quienes trabajan al servicio de las empresas contratistas o concesionarias que, aprovechándose de la ausencia de una normativa clara y precisa, rebajan los salarios y otros estándares laborales. Esta reducción de derechos laborales tiene

---

<sup>357</sup> ESTEVE-SEGARRA, A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 22.

<sup>358</sup> En este sentido véase: MARTINEZ MORENO, “Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial :aspectos laborales y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2018, p. 53; ESTEVE SEGARRA, “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios: una contribución al debate”, *Revista de derecho social*, nº. 77, 2017, pp. 215 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F., *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019, pp. 31 y ss.

lugar al amparo de la negociación de convenios colectivos de ámbito empresarial, favorecida por la solución prevista en el art. 84.2 ET para los casos de concurrencia conflictiva, que determina la preferencia del convenio de empresa en determinadas materias<sup>359</sup>. La modificación del art. 84.2 ET, supuso un cambio en la estructura de la negociación colectiva. La modificación perjudicó, por un lado, la labor tradicional realizada por los convenios sectoriales en el diseño de dicha negociación y, por otro, la homogeneización de las condiciones laborales de sector, que imposibilitaba la existencia de ventajas competitivas entre empresas del mismo ámbito productivo, a la vez que proporcionaba la coordinación de las organizaciones de trabajo de empresas señaladas por la descentralización productiva<sup>360</sup>.

No obstante, la STSJ Cataluña de 18 de julio 2019<sup>361</sup> desestimó la demanda de conflicto colectivo presentada por dos de las asociaciones patronales mayoritarias del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Cataluña en

---

<sup>359</sup> En este sentido, la doctrina científica ha considerado que “esta concurrencia de convenios genera desequilibrio de fuerzas, devalúa la acción sindical, refuerza el poder empresarial, y rompe el equilibrio entre las partes sociales, pues atribuye preferencia aplicativa a las unidades de negociación donde la fuerza sindical se encuentra más debilitada. Ello resulta de especial gravedad, habida cuenta las características del tejido empresarial español, nutrido, fundamentalmente, de empresas de reducido tamaño, y con escaso número de personas trabajadoras, donde, estando el poder sindical disminuido, el poder empresarial se impone con facilidad”, LOPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C., “Externalización de servicios y negociación colectiva descentralizada: herramientas combinadas para la devaluación de las condiciones laborales y el aumento de las situaciones de pobreza”, Comunicación presentada al *Congreso Interuniversitario sobre el Futuro del Trabajo Centenario de la OIT*, Sevilla, 2019, p. 11.

<sup>360</sup> Ciertamente, como ha manifestado la doctrina científica, “la prioridad aplicativa del convenio de empresa también es susceptible de resultar gravosa para las empresas a las que se aplique el convenio de sector. Estas, situándose en desventaja competitiva respecto de las que posean un convenio específico, aspirarán a tener –si cuentan con sujetos legitimados– su propia norma convencional, para aminorar los costes de personal. En esta carrera hacia la devaluación de las condiciones laborales se encontrarán en mayor “desventaja” las microempresas con menos de seis trabajadores, que, al no contar con delegados de personal (art. 62.1 ET), carecerán de sujetos legitimados ex art. 87.1. ET, para la negociación de convenios colectivos concurrentes, y se verán “obligadas” a aplicar el convenio sectorial, salvo que opten por el descuelgue de condiciones laborales (art. 82.3 ET), previa justificación de la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, LOPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C. “Externalización de servicios y negociación colectiva descentralizada: herramientas combinadas para la devaluación de las condiciones laborales y el aumento de las situaciones de pobreza”, Comunicación presentada al *Congreso Interuniversitario sobre el Futuro del Trabajo Centenario de la OIT*, Sevilla, 2019, p.12, Donde recurrir a las empresas de gestión integral supone una quiebra del ET para las personas subcontratadas, LOPEZ SÁNCHEZ, M. C., La negociación colectiva en las empresas multiservicios: concurrencia de convenios colectivos”, *RTSS. CEF*, nº. 436, 2019.

<sup>361</sup> STSJ Cataluña de 18/07/2019, rec. 11/2019 (JUR/2019/301733).

relación al contenido del art. 60 del Convenio colectivo interprovincial del sector de la Industria de Hostelería y Turismo de Cataluña. Este convenio obliga a las empresas contratistas de ciertos servicios a aplicar a su personal laboral el salario y la jornada previsto en el mismo. El art. 60 del convenio colectivo interprovincial mencionado establece que cuando las empresas sometidas al ámbito de aplicación del mismo contraten o subcontraten alguno de los servicios enumerados (actividades de restauración, salas, bares, pisos, cocina, recepción, economato, conserjería y zonas termales en balnearios), las personas trabajadoras de dichas empresas tendrán derecho a cobrar el salario base y los complementos (excepto si las cantidades son inferiores a los convenios aplicables a dichas empresas), así como a que se les aplique la jornada anual prevista en el convenio de mérito. Ante esta regulación, las asociaciones patronales estimaron que el art. 60 transgrede la legalidad vigente ya que se extiende a empresas no incluidas en el ámbito de aplicación del convenio. Además, el convenio, en su opinión, lesiona gravemente el interés de terceros ya que encarece los costes salariales ocasionando un perjuicio profesional. Sin embargo, el TSJ de Cataluña desestimó la demanda basándose, fundamentalmente, en que las asociaciones demandantes carecen de legitimación activa para impugnar el convenio colectivo porque «no están interesadas directamente en la impugnación del convenio colectivo, por no estar sus representados incluidos en el ámbito de aplicación del mismo». Esta afirmación la basa el tribunal argumentando que la finalidad del art. 60 es evitar la técnica de la contrata o subcontrata para, de este modo, obviando las exigencias legales tuitivas que se prevén en favor de sus personas trabajadoras al intervenir una ETT, la cual sí tiene obligación expresa de respetar las condiciones laborales de las personas trabajadoras de la misma categoría pertenecientes a la empresa principal. Además, el tribunal considera que este objetivo está en concordancia con la eliminación de situaciones no justificadas de trato desigual de personas trabajadoras. Asimismo, hace referencia al art. 23.3 de la Declaración de Derechos Humanos, referente al derecho de percibir el mismo salario para trabajos idénticos. En este sentido, el tribunal manifiesta que “no es más que el reflejo de la aplicación del art. 14 CE (principio de igualdad) en el sentido de que ‘a igual trabajo igual salario’”. El TSJ de Cataluña considera que el art. 60 se limita a regular la prestación de servicios en su propio

ámbito de actuación al establecer un criterio análogo al contemplado en la LETT para las empresas de servicios ya que “no incluye en su ámbito funcional a empresas de otro sector (limpieza), sino que establece que aquellas empresas, ajenas al sector, que realicen uno o varios servicios de actividad de tareas en los establecimientos o empresas del sector de la hostelería del propio Convenio Colectivo, aplicarán durante el periodo de prestación de los servicios las condiciones del mismo, en particular las tablas salariales”. Para el tribunal, la extensión de esta regla de la LETT intenta “evitar que trabajando en la misma actividad y haciendo lo mismo, haya en la empresa trabajadores con retribuciones diferentes (...). Ello implica no que las empresas de limpieza entren en el ámbito funcional de la actividad de hostelería, sino que perteneciendo ellas a un ámbito funcional distinto, si prestan servicios en régimen de contrata o subcontrata para el sector de hostelería deberán retribuir a sus trabajadores que presten servicios en aquellas empresas de hostelería, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de dicho sector de actividad”. Por ello considera que no se deriva ningún perjuicio, pues, acertadamente, el tribunal considera que al concurrir de forma libre y voluntariamente a la contrata, puede ajustarse económicamente al coste que le suponga la participación en ella. Por todo lo expuesta, el tribunal concluye que el art. 60 “no infringe precepto alguno y, por el contrario, introduce una mejora parcial que afecta a las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas. Es de resaltar que el fenómeno de la externalización es legal y que por encima de las previsiones del artículo 42 del ET el convenio colectivo de hostelería (art. 60) introduce una garantía de igualdad salarial, que no excluye en ningún caso que la empleadora pueda introducir otras garantías”.

Ciertamente, las empresas multiservicios representan un reto para el Derecho del Trabajo ya que su utilización descontrolada, en esta neocultura empresarial actual, provoca precariedad laboral. Entre los factores que determinan dicha precariedad laboral, la doctrina científica más autorizada ha destacado<sup>362</sup>:

---

<sup>362</sup> CAVAS MARTINEZ, F., *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, cit., pp. 37-40.

1. “La dificultad de encajar una gran parte de los trabajos que realizan las conocidas empresa multiservicios en la categoría de servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa cliente, que utiliza el artículo 42.1 ET para delimitar su ámbito de aplicación, de acuerdo con su interpretación jurisprudencial dominante, con el resultado de que aquella no vienen sometida al más exigente sistema de obligaciones y responsabilidades laborales y de seguridad social previstas para la descentralización de dicho tipo de servicio”.

2. “La tolerancia jurisprudencial hacia la utilización por parte de esta empresa del contrato temporal para obra o servicio determinado, para atender la prestación de los servicios que les sean adjudicados por la empresa cliente en el marco de la contrata, vinculando la duración del contrato a la del encargo, con el límite temporal de tres años, hasta cuatro si el convenio colectivo si lo decide, que introdujo la reforma laboral de 2010 (R-D ley 10/2010)”

3. “La inexistencia de una regla similar a la que existe para quienes trabajan en las empresas de tiempo temporal, artículo 11 ley 14/1994, de 1 de junio por las que se regula en la empresa de trabajo temporal paréntesis que garantice la aplicación al quienes trabajen en las empresas multiservicios de unas condiciones de trabajo y de empleo iguales o próximas a las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa comitente”.

4. “La preeminencia aplicativa del convenio de empresa sobre el de sector en determinadas materias (art. 82.2 ET), responsable en gran medida de la baja calidad de las condiciones de trabajo y empleo y como las relativas a la retribución, aplicada a los referidos trabajadores, y ello incluso en empresas multiservicios que tienen un considerable volumen de negocio”.

5. “La indeterminación e inseguridad jurídica en torno a la identificación del convenio colectivo aplicable, en especial cuando la empresa de servicio carece de un convenio propio”.

6. “Las graves dificultades que encuentra en la constitución de órganos de representación unitaria (delegados de personal, comité de empresa) que promuevan y defiendan los intereses de los trabajadores, como consecuencia de una regulación legal que no se acomoda a la especificidad de este tipo de empresa, buena parte de las cuales dispone de un gran número de centros y todavía un mayor número de lugares de trabajo repartidas por numerosas localidades de más de una provincia y comunidad autónoma”.

7. “Resistencia y dificultades para aplicar las previsiones garantistas del artículo 44 ET sobre transmisión de empresa (continuidad de los contratos de trabajo, subrogación de la empresa cesionaria en los derechos y obligaciones de la empresa cedente, responsabilidad solidaria de ambas) a los supuestos de sucesión de contratas”.

Por lo que, acertadamente, la doctrina ha propuesto combatir los déficits de la protección de las personas trabajadoras, mejorando la calidad del empleo mediante<sup>363</sup>:

1. La reformulación del concepto de empresario en las relaciones triangulares, lo que supone reflexionar sobre la superación del concepto jurídico laboral del empresario de vigente configuración unilateral, sustituyéndolo por el de empresario plural<sup>364</sup>.

2. Mantener la vigente diferenciación entre contrata del artículo 42 ET y la cesión de mano de obra del art. 43 ET.

3. Revisar el régimen de responsabilidades y garantías en el sistema de trabajo mediante contrata y subcontrata, modificando el art. 42 ET para crear un nuevo régimen de garantía en los supuestos de contratas y

---

<sup>363</sup> En profundidad: CAVAS MARTINEZ, F., *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, cit., pp. 151-156

<sup>364</sup> SAEZ LARA, C. “Externalización productiva y tutela de los trabajadores”, *Documentación laboral*, nº. 107, 2016, p. 26, ya que no hay nada en el concepto legal de empresarios del artículo 1.2 ET.

subcontratas de servicios para las personas trabajadoras que sean contratadas por empresas de servicios (y multiservicios) para atender a la mismas.

4. Revisar la primacía otorgada al convenio de empresa que, tras la reforma laboral de 2012, permite, al amparo en el artículo 84.2 ET, rebajar los salarios y empeorar las condiciones laborales, aunque no concurra causa económica que lo justifique.

5. Desvincular el contrato de obra o servicio determinado de la duración de la contrata. Consecuentemente, se debería reformar el art. 15 ET, incluyendo en el mismo la prohibición de recurrir al contrato temporal para obra o servicio determinado vinculado a la duración de un contrato de arrendamiento de servicios o concesión, cuando el objeto de los mismos sea una actividad habitual y permanente de la empresa principal.

6. Llevar a cabo distintas actuaciones en materia de negociación colectiva. Las organizaciones sindicales han adoptado diferentes iniciativas al respecto. La doctrina iuslaboralista ha destacado, por un lado, las acciones judiciales para anular los convenios colectivos de dichas empresas; y, por otro, la decisión de no participar en las negociaciones de convenios empresariales si se dispone de un convenio supraempresarial, así como la extensión de la negociación sectorial a las personas trabajadoras de empresas de servicios<sup>365</sup>.

## **4. ESTUDIO DE DOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE CESIÓN ILEGAL**

### **4.1 El intercambio de servicios amistosos en el campo y su límite con la cesión ilegal de mano de obra**

---

<sup>365</sup> CAVAS MARTINEZ, F., *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, cit., p. 164.



#### 4.1.1 Consideraciones previas

Una vez analizada la cesión de mano de obra y sus límites, observaremos la especial situación que se produce en el campo respecto de la contratación y cesión de mano de obra. Nuestro ordenamiento jurídico laboral no ha contemplado una definición de trabajo agrario diferente del concepto común de contrato de trabajo contemplado en la legislación laboral general. Esta situación es comprensible ya que, formalmente, no existe ninguna diferencia entre el contrato de trabajo celebrado en las explotaciones agrarias y los contratos celebrados en la industria y el sector servicios<sup>366</sup>. Sin embargo, el campo tiene particularidades que requieren de una regulación más detallada con el fin de evitar situaciones, que provocan confusión jurídica.

El particularismo del trabajo agrario se presenta en una serie de características singulares, derivadas de las especiales características del sector de actividad donde se lleva a cabo la actividad. Estas características, fundamentalmente, son la estacionalidad, las técnicas de explotación, los factores climáticos (existe una gran dependencia de los factores ambientales para desarrollar la actividad), variabilidad de los cultivos, las cuales ocasionan que exista una acentuada temporalidad y discontinuidad de las relaciones de trabajo<sup>367</sup>. Sin embargo, a pesar de estas singularidades que urgen una regulación especial, no han sido suficientes para que quienes legislan califiquen el trabajo agrario como una relación laboral especial ni existe, como decimos, una definición de contrato de trabajo “agrario”<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Así se afirma en CAVAS MARTINEZ, F. & HIERRO HIERRO, F. J., *Relaciones laborales y Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 2005, p. 41; CAVAS MARTINEZ, F., “La contratación laboral en el campo y sus excepciones: los familiares del cultivador, el intercambio de servicios amistosos y el cultivador personal directo”, en LOPEZ INSUA, B. M., PERAN QUESADA, S. (coord.), MONEREO PEREZ, J. L. (dir.), ARIAS DOMINGUEZ, A. (dir.), GORELLI HERNANDEZ, J. (dir.), VILA TIerno, F. (dir). *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019, p. 165.

<sup>367</sup> CAVAS MARTINEZ, F. & HIERRO HIERRO, F. J., *Relaciones laborales y Seguridad Social Agraria*, cit, p. 15.

<sup>368</sup> El profesor CAVAS MARTINEZ ofrece una definición “agrarizada” o “agraria” del contrato de trabajo a partir de la definición recogida en el art. 1.1 ET, que establece que el contrato de trabajo agrícola es “el acuerdo de voluntades por cuya virtud una persona física (quien trabaja) se compromete a prestar sus servicios retribuidos, manuales o intelectuales, por cuenta y bajo la dependencia del titular de la explotación agraria (quien emplea). En, CAVAS MARTINEZ, F.,

Al no existir una regulación especial para el campo, no disponemos de un concepto de trabajador agrícola por cuenta ajena, autónomo del concepto general o común ofrecido en el ET por lo que es necesario acudir, a efectos de inclusión en el ámbito personal de las normas sectoriales que regulan las condiciones de trabajo en el campo<sup>369</sup>, prestar servicios, de cualquier clase, de forma subordinada y dependiente respecto al empleador, debiendo ser estimada la actividad considerada por este como agraria. Por ello, la doctrina laboralista autorizada aprecia que las particularidades del contrato agrícola no se encuentran en la legislación laboral general sino en las normas sectoriales, por lo que debemos hablar del trabajo en el campo como una relación laboral “con particularidades de origen sectorial”<sup>370</sup>.

En consecuencia, las personas trabajadoras agrícolas o del campo son “aquellas personas físicas que, independientemente de su actividad, se obligan a trabajar por cuenta y a las órdenes de un empresario agrícola, siendo indiferente la dedicación predominantemente manual o intelectual del trabajador,

---

“La contratación laboral en el campo y sus excepciones: los familiares del cultivador, el intercambio de servicios amistosos y el cultivador personal directo”, cit., p. 165. El art. 5 de la Ordenanza General de Trabajo en el Campo, de 1 de julio de 1975 establecía que “se entenderá por contrato de trabajo cualquiera que sea su denominación, aquel que por virtud del cual una o varias personas se obligan a prestar un servicio de los comprendidos en esta Ordenanza a uno o varios patronos o empresarios y bajo su dependencia, mediante remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ella...”.

<sup>369</sup> Tras la derogación de la Ordenanza General de Trabajo en el Campo, se llevó a cabo un proceso de negociación dirigido a la sustitución de la Ordenanza. Sin embargo, este proceso de negociación, que duró cuatro años, concluyó sin concreción de acuerdo entre las partes. Por ello, de acuerdo con lo previsto en la Disposición transitoria Sexta ET, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, por acuerdo del Pleno de la CCNCC, procedió a convocar a las partes legitimadas para la negociación colectiva en el ámbito de la Ordenanza. En sede de la CCNCC, se produjeron diversas reuniones de la Subcomisión de Trabajo para Materias de la Negociación Colectiva, con asistencia de las partes negociadoras del antes mencionado Convenio sustitutorio de la Ordenanza General del Campo, sin que, en dichas reuniones, tampoco, se avanzara en la concreción de ningún acuerdo. Ante la imposibilidad de acuerdo, las partes aceptaron someter el conflicto a Arbitraje Voluntario. Designándose como árbitro al profesor José Rodríguez de la Borbolla Camoyán, que dictó el laudo, publicándose en el BOE la Resolución de 17 de noviembre de 2000, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2000, dictado por don José Rodríguez de la Borbolla Camoyán, en el conflicto derivado del proceso de negociación para la sustitución de la Ordenanza de Trabajo en el Campo. (BOE que fue publicado en el BOE núm. 286, de 29 de noviembre de 2000, páginas 41414 a 41418), que no incluía una definición de contrato de trabajo.

<sup>370</sup> MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ SAÑUDO, F. y GARCIA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 28ª ed, Tecnos, Madrid, 2019, p. 193; En este sentido también se pronuncian: CAVAS MARTINEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J., *Relaciones laborales y Seguridad Social Agraria*, cit, p. 17.

así como su adscripción profesional y continuada o, por el contrario, esporádica o coyuntural al sector agrario, a cambio de una remuneración”<sup>371</sup>.

Al tener que acudir, la regulación del trabajo agrícola por cuenta ajena, a la legislación laboral común, debemos atenernos a lo establecido en el art. 3 ET, por lo que, las obligaciones y derechos referentes a la relación laboral agraria se regulan en la normativa estatal, en los convenios colectivos del campo, por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato; y, por los usos y costumbres locales y profesionales. Esta última fuente del Derecho del trabajo agrario es la que presenta cierta conflictividad respecto a nuestro objeto de estudio como veremos a continuación, por ser una costumbre el intercambio amistoso de servicios en el campo que puede suponer en ciertas ocasiones una cesión ilegal de mano de obra.

Principalmente, como venimos apuntando, la contratación en el campo se rige por las disposiciones comunes del Derecho laboral, que se conforma de una extensa compilación de leyes y reglamentos que abarcan un ámbito de aplicación general, es decir, imperan en todos los sectores de la economía y en todas las empresas que emplean personas asalariadas, sin atender a particularidades más allá de las contempladas en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y su normativa sectorial específica.

De la noción de persona trabajadora agraria, obviamente, quedan excluidas aquellas personas cuya actividad se pueda encuadrar en alguno de los supuestos contemplados en el art. 1.3 y en la disposición adicional primera ET. Por tanto, no se someten a la legislación laboral las personas trabajadoras del campo por cuenta propia (cultivadores personales y directos), “excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente” (Disposición adicional primera ET); los colaboradores familiares; los intercambios amistosos de servicios en el campo, etc. Esta última exclusión, la del intercambio amistoso de servicios en el campo, es a la que plantea un

---

<sup>371</sup> CAVAS MARTINEZ, F., “La contratación laboral en el campo y sus excepciones: los familiares del cultivador, el intercambio de servicios amistosos y el cultivador personal directo”, cit., p. 166.

conflicto respecto a la cesión de mano de obra como analizaremos a continuación.

#### **4.1.2 El intercambio amistoso de servicios en el campo: problemática y límite respecto de la cesión ilegal de mano de obra**

La formulación que realiza el art. 1.3 ET al excluir “los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad” comprende prestaciones de distinto y diverso calado cuyas notas características comunes son la falta de retribución por realizar la actividad debida a que el desempeño de la tarea es producto de una colaboración altruista entre personal del campo. Se trata, pues, de una prestación gratuita o, en caso de ser instrumentadas, lo hacen mediante figuras jurídicas cercanas a la donación. La regla general establece para esta clase de servicios que, al tratarse de simples deberes de cortesía, basados en relaciones sociales de convivencia, no constituyen ningún contrato ya que no existe *animus obligandi* en ninguno de los actores, ni en quien recibe ni en quien presta el servicio.

Parece claro que la línea divisoria, entre lo que se somete al Derecho laboral y lo que no, la encontramos en aquellos servicios que son prestados por mera amistad o benevolencia, sin esperar contraprestación, de aquellos que responden a acuerdos consuetudinarios entre personas trabajadoras del campo, donde realmente el auxilio que se presta se sustenta en la recepción, o expectativa de recibir, prestaciones similares. Se recurre al intercambio amistoso de servicios para afrontar las necesidades del trabajo en el campo que, fundamentalmente, son de carácter estacional por lo que se repiten de manera cíclica en el tiempo (recolección, blanqueamiento, etc...), que se realizan en un momento puntual, requiriendo un aporte extraordinario de mano de obra que supera a la que puede ser aportada entre familiares y personal de la explotación agrícola. Por ello, basándose en la costumbre agrícola, sustentada en la cooperación vecinal donde, como decíamos anteriormente, todo servicio merece ser correspondido, quien ayuda a su vecino tiene derecho a esperar que su vecino lo ayude, tratándose generalmente de pequeños cultivadores afectados por la huida de mano de obra del campo a la ciudad que, de no recurrir a la solidaridad vecinal, verían peligrar su producción agrícola. Este intercambio

responde a la estricta necesidad de los productores minifundistas que de esta forma hacen frente al problema de forma eficiente a costa de ahorrarse los salarios que supone la contratación de personal eventual o temporal que incidiría de manera negativa en la economía familiar, quedando simplemente obligados a devolver a su vecino un beneficio análogo. Estas situaciones y relaciones consuetudinarias del campo, por lo general, no han sido reguladas. El poder legislativo ha remitido como fuente de Derecho, implícitamente, a lo que resulte de las relaciones locales, la costumbre.

Como apuntábamos, la reciprocidad puede fundamentarse en una prestación de trabajo propio y/o de familiares, sin ánimo de lucro, conforme a los usos del tiempo y de la zona, o en el préstamo de útiles de trabajo. Sin embargo, entre estas costumbres agrícolas, se encuentra la puesta a disposición de mano de obra por un agricultor a otro, es decir, un supuesto de cesión ilegal de mano de obra, indiferentemente de si la cesión no es lucrativa y aun siendo, la persona trabajadora, retribuida por el cedente. En principio, se podría considerar que se vulnera el art. 43 ET por no llevar a cabo la cesión a través de una ETT.

En este supuesto, nos encontraríamos, por tanto, ante una cesión temporal de personal entre agricultores/empresas reales cuya finalidad no es crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral sino una costumbre de buena vecindad basada en la reciprocidad no lucrativa. Ciertamente, la cesión no se lleva a cabo a través de una ETT, pero como apuntábamos, nos encontramos ante un sector de la economía con particularidades acentuadas. Al principio de esta investigación, se apuntó la necesidad de un mercado laboral flexible y seguro para las personas trabajadoras. Parece que este uso donde no hay intercambio económico y el salario es abonado por el cedente, permite flexibilidad al pequeño empresario agrícola para obtener mano de obra temporal sin mermar la seguridad de las personas trabajadoras.

Supuesto distinto sería si un agricultor le pide a otro que participe personalmente en el trabajo, aportando sus propios trabajadores para realizar la actividad. En este supuesto, el pequeño empresario agrícola presta el servicio personalmente, ayudándose eventualmente de sus propios trabajadores,

manteniendo la organización y dirección de los mismos. Este supuesto no inferirá una cesión de mano de obra contemplada en el art. 43 ET sino una contrata entre empresariado contemplada en el art. 42 ET.

Por tanto, nos encontramos ante dos supuestos distintos que pueden realizarse entre el pequeño empresariado agrícola. El problema aparece cuando la duración del trabajo que se solicita a otro empresario agrícola es de larga duración y, además, se produce con cierta habitualidad. En este caso, de la permanencia o continuidad se puede inducir un posible fraude de la normativa laboral pues se puede evidenciar la existencia de una relación de trabajo. Este supuesto se puede encajar en un suministro de mano de obra a otro empresario agrícola donde la actividad queda disimulada bajo una costumbre agraria para encubrir la figura ilícita de la cesión prohibida en el art. 43 ET. En estos casos, la falta de remuneración no sería, a nuestro entender, elemento de exención de la responsabilidad jurídico-laboral.

#### **4.1.2.1 Las empresas de servicios agrícolas**

La crisis económica mundial como apuntamos al inicio de la investigación afecta al mercado de trabajo en todos sus sectores favoreciendo la crisis del modelo de agricultura tradicional provocando el cambio en las formas de organización del trabajo en explotaciones agrícolas. Este hecho ha favorecido el afloramiento incontenible de situaciones, algunas nuevas, otras, sencillamente han evolucionado o intensificado su uso, que se han reconducido mediante contratos civiles de ejecución de obra o, en su caso, de contratos atípicos muy próximos a éste<sup>372</sup>.

Las necesidades del empresariado agrícola provocan la descentralización productiva de sus empresas, fenómeno que enmarca la presente investigación como vimos al principio del estudio. Entre las manifestaciones agroindustriales de dicha descentralización encontramos, por un lado, aquellas explotaciones agrícolas donde una parte de las tareas del ciclo productivo salen de la

---

<sup>372</sup> En este sentido, véase: CAVAS MARTINEZ, F., "La contratación laboral en el campo y sus excepciones: los familiares del cultivador, el intercambio de servicios amistosos y el cultivador personal directo", cit., p. 92.

competencia y control de la empresa cultivadora para ser llevadas a cabo por un tercero a cambio de un precio (“agricultura desactivada”)<sup>373</sup>. Nos encontramos ante un supuesto de larga tradición en el campo, donde, inicialmente, se solventaba la falta de infraestructuras del empresariado agrícola ya que se buscaba la aportación de maquinaria (cosechadoras, trilladoras, sulfatadoras, etc.)<sup>374</sup>.

El empresariado agrícola está constituido, principalmente, por pequeñas explotaciones familiares que no gozan, generalmente, de solidez financiera lo que provoca distintos niveles de mecanización de sus explotaciones agrícolas, las cuales actualmente se mecanizan prácticamente por completo, provocando que, quienes no disponen de recursos para introducir mejoras tecnológicas en sus fundos, recurran a la contratación de empresas auxiliares. Estas empresas disponen de recursos materiales y personales propios que les permite llevar a cabo partes del proceso productivo agrícola favoreciendo la especialización. Técnicamente, debemos apuntar que estas empresas de servicios no son empresarios agrícolas por lo que no se rigen por los convenios colectivos del campo<sup>375</sup>.

Si la tarea del proceso productivo objeto de externalización puede ser llevada a cabo por una única persona, lo que se celebra es un contrato civil de arrendamiento de obra.

Por otra parte, otra manifestación de la descentralización productiva en el sector agrícola es aquella que se da cuando la relaciones contractuales del empresariado agrícola con la industria transformadora o entidades de comercialización de productos agrícolas, donde estas empresas se encargan

---

<sup>373</sup> ARNELTE ALEGRE, E., “Modos de producción en la agricultura española”, *Revista de estudios agrosociales*, nº. 137, 1986, p. 440.

<sup>374</sup> Por ejemplo, la Orden Ministerial de 3 de febrero de 1949, excluía del régimen agrario las actividades de recolección y manipulado de la naranja efectuadas por empresas de comercialización, así como la recolección de esparto por cuenta de empresas o patrono no titular de la finca.

<sup>375</sup> Por ejemplo, el art. 4.1.1º del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, excluye del mismo a los “mecánicos y conductores de vehículos y maquinaria cuyos propietarios arrienden sus servicios para labores agropecuarias sin ser titulares de una explotación o cuando siéndolos no los utilicen en la misma”.

tanto del suministro de semillas, fertilizantes, plaguicidas, piensos, etc., así como también se encargan de indicar los métodos de cultivo y de recepción de los productos en bruto (“integración vertical agraria”)<sup>376</sup>. Este modelo, cada vez más frecuente en la industria agrícola por parte de grandes empresas comercializadoras que compran la producción agrícola de quienes producen antes de que se haya cosechado la misma. Este modelo productivo supone cierta pérdida de autonomía que conlleva pérdida de capacidad de decisión de quien ostenta la titularidad de la explotación agrícola.

#### **4.1.2.2. Las empresas de trabajo temporal en el sector agrario**

Las ETT actúan en el sector agrícola como “empresas de servicios agrícolas”, limitándose a la puesta a disposición de mano de obra ya que, a priori y desde un punto de vista teórico, como ha apuntado la doctrina autorizada, no es una vía eficiente para solventar las necesidades productivas debido a que el precio-hora de la persona cedida será, generalmente, superior al salario-hora de una persona contratada directamente por el empresariado agrícola<sup>377</sup>. Sin embargo, la crisis económica y las necesidades de un mercado agrícola globalizado, provocan que se recurra con más frecuencia a modalidad de reclutamiento de mano de obra, principalmente en la temporada de recolección. Se recurre a esta vía, además de por la seguridad que ofrece poder contar con mano de obra necesaria en el momento deseado, para eludir las responsabilidades laborales propias del empresariado agrícola, así como para no constituir vínculos estables (fijos discontinuos) con las personas trabajadoras.

Solo en 2017 en España, último año con datos oficiales disponible, se celebraron un total de 676.821 contratos de puesta a disposición en el sector agrario, de los que 674.965 contratos, se celebraron en las actividades de agricultura, ganadería, caza y servicios relacionados con las mismas, de los que

---

<sup>376</sup> LANGREO, A., “Análisis de la integración vertical en España, *Agricultura y Sociedad*”, nº. 9, 1978, pp. 188 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F., “La contratación laboral en el campo y sus excepciones: los familiares del cultivador, el intercambio de servicios amistosos y el cultivador personal directo”, cit., p. 94.

<sup>377</sup> Grupo de empleadores de las organizaciones profesionales agrarias: los trabajadores temporeros en la agricultura europea, p. 6. También, CAVAS MARTINEZ, F., “La contratación laboral en el campo y sus excepciones: los familiares del cultivador, el intercambio de servicios amistosos y el cultivador personal directo”, cit., p. 94.



550.920 fueron por obra o servicio, 123.901 por circunstancias de la producción, 128 de interinidad y 16 de formación. Respecto de los contratos de puesta a disposición para la realización de una obra o servicio, tomando como referencia los datos de los años 2003, 2007, 2009 y 2013 para ver su avance antes y durante la crisis económica que ha afectado al mercado laboral. En 2003 se celebraron 107.749 contratos de obra o servicio; en 2007 se celebraron 186.366; en 2009 se celebraron 190.436; y, en 2013, se celebraron 379.663<sup>378</sup>. Supone un aumento importante de este tipo de contratos en la agricultura ganadería, caza y servicios relacionados durante la crisis financiera y del mercado laboral.

El aumento de la presencia de las ETT en el sector agrario ha intentado ser contrarrestado a través de los convenios colectivos sectoriales, estableciendo la preferencia de contratación directa frente a la posibilidad de acudir a ETT. Por ejemplo, el Convenio Colectivo para el Sector Agrícola, Forestal y Pecuario de la Región de Murcia, publicado en 2018, establece en su art. 6 que “los trabajadores contratados directamente por la empresa, ya sean fijos, fijos discontinuos o eventuales, tendrán siempre preferencia a ser llamados al trabajo antes que otros trabajadores que la empresa pueda contratar o subcontratar a través de empresas de trabajo temporal, no pudiendo realizar contrataciones o subcontrataciones si no están trabajando y completando la jornada de trabajo, todos los trabajadores de la empresa”. Igualmente se estableció en los convenios anteriores, aunque parece claro que no ha impedido el aumento de las ETT en el sector agrario por la flexibilidad que le permite al empresario frente a las responsabilidades que comporta para el empresariado agrícola la contratación directa.

En este sentido se manifiestan los convenios colectivos del Campo de la Comunidad Autónoma de Extremadura para los años 2016, 2017 y 2018, que establecen en su art. 21 que “las contrataciones se harán preferentemente entre las trabajadoras/es agrícolas que estén en situación de desempleo en la localidad en cuyo término se realicen las faenas agrícolas. Las contrataciones tanto las nominadas como las no nominadas, se harán exclusivamente a través

---

<sup>378</sup> Los datos están publicados en el Anuario estadístico del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social disponibles en la página web del Ministerio: <http://www.mitramiss.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>

de las oficinas de empleo del Instituto Nacional de Empleo, subsanándose las alteraciones que se puedan originar el mismo día del inicio de los trabajos”<sup>379</sup>; y, el Convenio colectivo para la recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana 2018-2020, que en el art. 20 establece que “la recolección realizada en la provincia en la que la empresa tenga radicado su centro de trabajo de manipulado, deberá realizarse con trabajadores propios al menos en el 70 por 100 de las jornadas que se realicen”<sup>380</sup>.

Por otro lado, el convenio provincial del Campo de Córdoba no establece preferencias de contratación en atención a la “facultad exclusiva de la empresa” al respecto, remitiéndose a la legislación general vigente en materia de contratación laboral (art. 9). Sin embargo, en el art. 10 transpone parcialmente al convenio colectivo el art. 43 ET, estableciendo el concepto de cesión ilegal de mano de obra y los supuestos en los que, en todo caso, se entenderá que existe<sup>381</sup>.

Algunos de los convenios del campo que tampoco establecen límites en la contratación son el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito sectorial para Actividades Agropecuarias de la provincia de Jaén (2018-2020), que en el art. 7 establece que la contratación del personal se efectuará de acuerdo al art. 15 ET, además de las condiciones para adquirir la condición de fijo en la empresa<sup>382</sup>; el Convenio Colectivo Agropecuario de la Provincia de Cuenca para el año 2018-2019, el cual remite al art. 8 ET en materia de contrato de trabajo (art.7)<sup>383</sup>; o, el Convenio Colectivo del Sector de Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas de la provincia de Sevilla (2017-2021), que une las dos redacciones anteriores

---

<sup>379</sup> <http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CAMPOEXTREMADURA2016-2018.pdf>

<sup>380</sup> [http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO\\_RECOLECCION\\_CITRICOS\\_2018-2022\\_FIRMADO\\_15.04.2019.pdf](http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO_RECOLECCION_CITRICOS_2018-2022_FIRMADO_15.04.2019.pdf)

<sup>381</sup> [http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO\\_DEL\\_CAMPO\\_2017.pdf](http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO_DEL_CAMPO_2017.pdf)

<sup>382</sup> [http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO\\_COLECTIVO\\_JAEN\\_AGROPECUARIO\\_2018-2022.pdf](http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO_COLECTIVO_JAEN_AGROPECUARIO_2018-2022.pdf)

<sup>383</sup> [http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO\\_CUENCA\\_2018-2019.pdf](http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO_CUENCA_2018-2019.pdf)

estableciendo, en el art. 13 que en la contratación, “los empresarios deberán cumplimentar los trámites, en materia de contratación que en cada momento resulten establecidos por ley o por normas administrativas al respecto. En materia de contratación eventual y, en concreto, en cuanto a la obligación de formalizarse por escrito los contratos se estará a lo regulado en los artículos 8 y 15 del Estatuto de los Trabajadores”<sup>384</sup>.

## **4.2 La transformación de la relación laboral de la estiba portuaria: del monopolio a la liberalización en la contratación de mano de obra**

### **4.2.1 Contexto y evolución de la estiba portuaria en España**

En los puertos se desarrolla la actividad de la estiba, que consiste en realizar las operaciones de manipulación de todo tipo de mercancías, desde la carga y descarga de los buques hasta su almacenamiento. Esta actividad se lleva a cabo a través de empresas estibadoras que realizan el servicio de manipulación de mercancías, bajo el régimen de una licencia otorgada por las Autoridades Portuarias, no de la Autoridad Laboral. Hecho que a nuestro entender, hasta la reforma del sector, era inadecuado ya que realizaban la actividad de una ETT. El servicio de estiba portuaria incluye las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Para realizar estas actividades, disponen de la maquinaria necesaria y de personal cualificado.

Las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) eran habitualmente las titulares de una concesión administrativa, otorgada por la Autoridad Portuaria correspondiente. Esta autorización era la que les permitía utilizar con carácter exclusivo un área del muelle para desarrollar su actividad, explotando esa terminal portuaria. Es decir, eran sociedades mercantiles, no ETT, que disponían de mano de obra cualificada y medios para llevar a cabo la

---

384

[http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO\\_CAMPO\\_DE\\_SEVILLA\\_2017-2021.pdf](http://www.ugt-fica.org/images/Convenios/campo/CONVENIO_CAMPO_DE_SEVILLA_2017-2021.pdf)

actividad de la estiba portuaria cuya autorización para poder actuar y llevar a cabo su actividad principal, la puesta a disposición de mano de obra, era otorgada por la Autoridad Portuaria y no por la Autoridad Laboral<sup>385</sup>, con los requisitos establecidos en el art. 2 LETT.

Esta situación en la que habitualmente la SAGEP ostentaba la titularidad de la concesión administrativa otorgada por la Autoridad Portuaria correspondiente, permitiéndoles utilizar con carácter exclusivo un área del muelle para desarrollar su actividad, explotando una terminal portuaria, fue lo que provocó un conflicto con la libre competencia respecto del resto de países de la UE, lo que provocó una respuesta legislativa sobre el ordenamiento jurídico interno. Por tanto, la empresa titular de la explotación portuaria era la misma que disponía de mano de obra, para ponerla a disposición, y medios para llevar a cabo la actividad. Antes del RD-L 8/2017 no cabía la posibilidad de contratar mano de obra que no fuese a través de la SAGEP; sin embargo, tras este RD-L 8/2017 y el RD-L 9/2019 que desarrolla los CPE, se aspira a la desaparición progresiva, tras una etapa de transición, de las SAGEP al tener que competir con los CPE.

Incomprensiblemente, se les permitía a las SAGEP realizar una huida, autorizada por el poder legislativo, del Derecho del Trabajo, al no someter su constitución a la legislación sobre ETT. La legislación laboral, como vimos al inicio del presente estudio, establece en el art. 1, párrafo primero LETT que: *“se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley”*. En el cuarto párrafo del mismo artículo, se establece que *“los centros portuarios de empleo que puedan crearse al amparo de lo establecido en el Real*

---

<sup>385</sup> Artículo 2 LETT (Autorización administrativa):

“1. Las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal deberán obtener autorización administrativa previa.

La autorización será única, tendrá eficacia en todo el territorio nacional y se concederá sin límite de duración”.

*Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, operarán como empresas de trabajo temporal específicas del sector de la estiba portuaria, con las particularidades previstas en el capítulo V de esta ley y en su reglamento de desarrollo*". Sin embargo, en este primer artículo, destinado a definir las ETT, no se especifica nada acerca de las SAGEP.

En nuestra opinión, consideramos que, al ser la actividad de las SAGEP: "llevar a cabo las operaciones de manipulación de todo tipo de mercancías en los puertos, desde la carga y descarga de los buques hasta su almacenaje. Para ello, disponen de la maquinaria necesaria y el personal cualificado con el fin de operar en las mejores condiciones posibles", es decir, la puesta a disposición de mano de obra para manipular las mercancías de los buques que atraquen en los puertos donde realizan su actividad, que son aquellos que el Estado considera de interés general, se debían haber regido, en todo momento, por lo dispuesto en la LETT.

En este sentido se puede observar que mientras por una parte se defendían los derechos de las personas trabajadoras de la estiba portuaria, por otra se vulneraban los derechos de los empleadores que sí cumplían con sus obligaciones laborales, constituyéndose en atención a los requisitos establecidos en la LETT para llevar a cabo su actividad, las SAGEP no los cumplían y se les autorizaba a no hacerlo. Debemos recordar que una de las características del Derecho del Trabajo es la "*vis atractiva*" (art. 8.1 ET).

En definitiva, se le permitía a la SAGEP, que estaba constituida por las empresas estibadoras, ceder a las personas trabajadoras de los puertos, contratadas por ellas mismas. De difícil comprensión dicha situación, lo que cuanto menos suscita varios interrogantes, ¿a qué se debió esta permisividad para evitar la legislación laboral?, ¿por qué otra persona, física o jurídica, que llevase a cabo esta actividad sería sancionada laboralmente e incluso, como consideramos, penalmente y la SAGEP no? En atención al tipo penal, trafica con mano de obra quien afecta por sus actos a la indemnidad de la relación laboral entre la persona que emplea y la que es contratada, se desprendan o no consecuencias negativas para las personas trabajadoras, influyendo dicha acción en el mercado laboral. En nuestra opinión, esto supuso un conflicto entre

el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo que claramente se solventó a favor del primero ya que se ha permitido la existencia de las mismas hasta su extinción natural por la creación de CPE tras ser sancionada España por el TSJUE, no por vulneración de la normativa laboral sino por impedir la libre competencia en el sector.

Por otra parte, en cuanto a la relación laboral, las ETT pueden contratar personal por tiempo indefinido o determinado. En el caso de las SAGEP, sociedad mercantil privada, era la que principalmente disponía del personal cualificado con experiencia ya que los CPE son de reciente creación, que, al llegar un buque para ser cargado o descargado, al ser esta, la SAGEP la titular del título que la habilita para realizar contratos preferentemente con las personas que integran la SAGEP; para, posteriormente, ponerlos a disposición de la empresa titular del buque. Nos encontrábamos por tanto ante un sujeto que actuaba en el mercado laboral sin someterse a la legislación laboral sobre ETT o agencias de colocación. En nuestra opinión, la SAGEP debería haber desaparecido o haberse transformado en una ETT que actúa en ocasiones como agencia de colocación, además de por impedir la libre competencia desde la entrada en vigor de la LETT. La permisividad con las SAGEP, incluso permitiendo un periodo transitorio de tres años que posibilita la convivencia de las SAGEP con los CPE, que sí se han constituido de acuerdo a la legislación laboral y llevan a cabo su actividad bajo el control de la Autoridad Laboral, mientras que las SAGEP actúan como una excepción incomprensible de la norma laboral sobre ETT y cesión de mano de obra, puede generar dudas en cuanto a la aplicación efectiva del Derecho del Trabajo.

La STJUE de 11 de diciembre de 2014, Comisión Europea- Reino de España, asunto C-576/13 (ECLI:EU:C:2014:2430) ha provocado un cambio significativo en el ordenamiento y funcionamiento del trabajo en los puertos españoles. El fallo condena a España por “incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del art. 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con

carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado”. Efectivamente, el interés inicial de algunos países europeos, en sintonía con la OIT, y de la UE, por liberalizar el mercado de trabajo se plasma en todos los ámbitos y sectores de la economía y del trabajo, y, el trabajo portuario, no ha sido una excepción<sup>386</sup>.

Observamos que, junto al desarrollo normativo favorable a la liberalización del trabajo portuario, se producen distintos procesos judiciales contra los países miembros de la UE que atentan contra la libre competencia en los servicios portuarios. La reticencia en el seno de los Estados miembros junto a la acción sindical, frustraban los reiterados intentos de la Comisión Europea de aprobar una norma comunitaria de carácter general sobre el mercado laboral portuarios. Los sindicatos de personal portuario truncaron, hasta en dos ocasiones<sup>387</sup>, una

---

<sup>386</sup> En 1989 en el Reino Unido se aprobó la Dock Work Act, la cual puso fin a la tradición reguladora del trabajo en los puertos donde la National Dock Labour Board se encargaba de la intermediación para controlar la problemática derivada de la oferta de empleo irregular. De esta forma se iniciaba un camino que surge con publicación del Convenio nº 137 OIT sobre el trabajo portuario de 1973, que está presente en mayor o menor medida en los países de la UE aun no habiendo sido ratificado por estos. Observamos que al igual que ha ocurrido con la intermediación, primero se elabora un Convenio por parte de la OIT y posteriormente se desarrollan o bien normativas internas o bien normativa de la UE que obliga en mayor o menor medida a los Estados miembros a modificar sus ordenamientos internos de forma voluntario o a través de sentencias del TJUE. En este sentido, Italia se ha visto obligada a modificar la regulación del trabajo portuario como consecuencia de la STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA*, asunto C-179/90 (ECLI:EU:C:1991:464), conocida como la Sentencia *Merci*, la cual estableció la incompatibilidad con las normas comunitarias de la competencia; y, la STJCE de 12 de febrero de 1998, *Raso*, asunto C-163/96 (ECLI:EU:C:1998:54), donde el tribunal europeo nuevamente dictaminó que la normativa italiana que reservaba a una compañía portuaria el derecho a poner a personal temporal a disposición del resto de empresas que operasen en el puerto en el que la compañía portuaria estuviese establecida, cuando esta estuviese autorizada a llevar a cabo operaciones portuarias por sí misma, se oponía a los arts. 86 y 90 del Tratado de la CE. Otro estado de la UE juzgado por el TJUE por contravenir las normas de competencia ha sido Bélgica, aunque en su caso el tribunal falló en su favor. No entendió que Bélgica contraviniese las normas de competencia al obligar a las empresas, que llevasen a cabo actividades portuarias, a emplear exclusivamente mano de obra portuaria reconocida para la ejecución de los trabajos portuarios, obteniendo, además, estas personas una retribución mayor que la de las personas trabajadoras de la propia empresa o a las que pagaban a otras personas trabajadoras.

<sup>387</sup> La primera propuesta de Directiva fue presentada en 2001, presentándose en el marco de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo” (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52001DC0035> consultada 1 de octubre de 2019) ; y “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios” (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52004PC0654> consultada el 1 de octubre de 2019), denominándose al conjunto de medidas: “Paquete portuario” pero que finalmente fueron rechazadas en 2003. La segunda, se presentó en 2004 basándose en las anteriores y en las

Directiva Europea de acceso al mercado portuario por considerar que esta iba en contra de sus intereses. Tras sendos fracasos, a partir de 2007 se aprobaron una serie de medidas de *soft law*, que no fueron efectivas<sup>388</sup> en cuanto al fin perseguido.

Esta situación provocó que la Comisión, inmersa en la revisión de la política portuaria de la UE, anunciara en 2013 su renuncia a elaborar una nueva Directiva, encomendando la discusión de la problemática sobre el trabajo portuario al Comité de dialogo social europeo del sector portuario<sup>389</sup>. Ante este panorama jurídico y social, la Propuesta de Reglamento mediante el que se crea un marco común sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios y la transparencia financiera de los puertos de 2013, exencionó los servicios de manipulación de mercancías en lo relativo al mercado; así como, la libre prestación de servicios. Exención que se mantuvo en la versión definitiva, el Reglamento (UE) 2017/0352, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, mediante el que se crea un marco común para la prestación de servicios portuarios y la transparencia financiera de los puertos. Pero al no alcanzarse el objetivo de liberalizar los servicios de manipulación de mercancías

---

enmiendas realizadas a las mismas por el Parlamento Europeo y los cambios introducidos en la posición común del Consejo, así como los textos de conciliación. Este documento, la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52004PC0654&qid=1570461922832> consultada el 1 de octubre de 2019), fue rechazada finalmente en 2006.

<sup>388</sup> Comunicación de la Comisión sobre una política portuaria europea de 18 de octubre de 2007 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0616&qid=1570462150492> consultada el 1 de octubre de 2006); Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Acta del Mercado Único Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento» de 13 de abril de 2011 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52011DC0206&qid=1570462316856> consultada el 1 de octubre de 2019); y, la Comunicación de la Comisión de 23 de mayo de 2013 sobre “Puertos: motor de crecimiento” (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52013DC0295&qid=1570462598855> consultada el 1 de octubre de 2019).

<sup>389</sup> La presión de la Federación de Trabajadores del Transporte Europeo (ETF) provocó la creación, el 19 de junio de 2013, del Comité de dialogo social europeo para el sector portuario, conformándolo: la ETF, el Consejo Internacional de Estibadores (IDC), la Organización Europea de Puertos Marítimos (ESPO) y la Federación de la Empresa Privada Europea de Operadores Portuarios (FEPORT).



de manera global, a través de la vía normativa, se pasó a la intervención individualizada vía judicial para modificar las normativas internas.

#### **4.2.2 El trabajo de estiba: régimen jurídico español**

La importancia de los puertos marítimos para los Estados ha provocado un fuerte intervencionismo estatal en el control de los mismos. Este intervencionismo se ha visto reducido a lo largo de los años, especialmente en cuanto a su posición de empleador.

La presente investigación no pretende hacer un recorrido histórico por las diversas normas portuarias y sus actores. Sin embargo, debemos decir que desde 1944 funcionó en los puertos de España la Organización de Trabajos Portuarios (OTP). Se trataba de un organismo rector, autónomo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que se encargaba, por ejemplo, de elaborar y controlar el censo de personal laboral portuario, ordenar las relaciones de trabajo en los puertos, asistir y velar por los intereses de las personas empleadas en los puertos, establecer salarios o colaborar con el Instituto Social de la Marina como gestor de la Seguridad Social. Esto suponía la presencia de tres sujetos en la relación laboral (OTP - personas trabajadoras - empresa estibadora) y, consecuentemente, la aparición de conflicto por la difusa identificación de quien emplea y la vinculación que se establecía entre los tres sujetos. Esta situación provocó la redacción y aprobación del RD 2302/1980, de 24 de octubre (desarrollado por la Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, de 16 de junio de 1981) que de forma taxativa declaró la inexistencia de relación jurídico-laboral entre la OTP y quienes ejercían la estiba portuaria. Sin embargo, la doctrina científica autorizada ha manifestado que dicha declaración fue más formal que real<sup>390</sup>. En un primer momento logró frenar la jurisprudencia en sentido contrario que declaraba la existencia de relación jurídico-laboral pero la STS (Social) de 1 de octubre de 1985 (RJ 1985/4530) declaró nulo el RD 2302/1980 así como la Orden ministerial que lo desarrolló por haberse incurrido, en el proceso de elaboración del RD, en un vicio grave por no contar con la

---

<sup>390</sup> RODRIGUEZ RAMOS, P., “El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro”, *Temas Laborales* nº. 142, 2008, p. 90.

preceptiva consulta al Consejo de Estado. Es decir, se anuló, tras cinco años, por un defecto de forma.

En este contexto de transición política con notables cambios laborales, consecuencia de la aprobación de la Constitución de 1978, la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea y la inexistencia de normativa al respecto por la declaración de nulidad del RD 2302/1980 motivó el establecimiento de un marco jurídico apropiado y actualizado a la nueva realidad social y política. El resultado fue la publicación del Real Decreto-Ley 2/1986 de 23 de mayo, sobre el servicio público de la estiba y desestiba de buques. Una vez más se observa la ineficiencia política española que utilizó una vía reservada a las urgencias en ve de seguir el procedimiento parlamentario para aprobar una ley. El motivo, como ocurre en la actualidad, es que mediante esta vía el Poder Ejecutivo introduce una serie de reformas que son rechazadas, en este caso por los sindicatos, vulnerando una vez más la separación de poderes que dieron lugar a una oleada de huelgas y conflictos en las calles en 1986. En 1987 se aprobó el RD 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-Ley 2/1986. Menos de un año desde la publicación del RD 371/1987, en febrero de 1988, se aprobó el Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario, sucediéndose el II, III y IV Acuerdo en los años 1993, 1999 y 2014. Respecto al último, aún vigente con modificaciones, la STS (Social) de 11 de noviembre de 2010 (RJ 2010/8834) confirmó la SAN (Social) de 1 de junio de 2009 (AS 2009/1873) declaró algunos preceptos nulos, que afectó a la naturaleza estatutaria del Acuerdo y dio lugar a una sanción de la Comisión Nacional de la Competencia por infracción del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea y de la Ley 16/1989, de 19 de julio, de defensa de la Competencia por considerar que el IV Acuerdo, cuyo ámbito de aplicación se extendía a empresas terceras impidiéndoles a estas o dificultándoles el acceso al mercado de los servicios complementarios portuarios<sup>391</sup>

---

<sup>391</sup> Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de septiembre de 2009, que fue impugnada por la CETM y desestimada por la SAN (Contencioso-Administrativo) de 4 de mayo de 2010 (RJCA 2010/428); y, posteriormente, por la STS (Contencioso-Administrativo), de 19 de julio de 2012 (RJ 2012/8894).

Observamos que la defensa de la estiba ha venido principalmente por parte de los sindicatos de personal de la estiba, haciéndose visible a través de la organización sindical Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM) que aglutina a la mayor parte del personal laboral portuario. Y, el problema en el sector se origina por la falta o limitación de la libre competencia del sector portuario, en claro paralelismo con el SNE que pasa del monopolio estatal a la liberalización prácticamente absoluta.

Como decíamos anteriormente, la UE fracasaba una y otra vez en su esfuerzo por lograr una regulación común de los servicios portuarios provocó como veíamos la respuesta individual de los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos internos como vimos que hizo el Reino Unido. En esta línea de liberalización del sector mediante la normativa interna, en España se aprobó la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general en cuya exposición de motivos se aludió al “proceso de liberalización, impulsado con ahínco por la Unión Europea” y a la “propuesta de Directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios”. Esta Ley provocó la conversión de las Sociedades de Estiba y Desestiba en Agrupaciones Portuarias de interés Económico (APIE). En esta línea continuista, se promulgó la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general”. Esta ley dedica un título específico a la regulación del régimen de gestión de las personas empleadas para prestar servicios de mercancías y transforma las APIE, así como las Sociedades aún no convertidas en APIE en Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP), de naturaleza mercantil. Como ocurrió con el RD-L 2/1986, rechazo de las personas trabajadoras de la estiba y conflicto social, vuelve a suceder con los RRDDL de 2017 a pesar de la necesidad, como ha manifestado un sector de la doctrina, de que el trabajo portuario se encontraba bajo una realidad y un sistema de trabajo “teñido de

elementos que convertían a los estibadores portuarios en trabajadores al margen de la evolución, fáctica y legislativa, del resto”<sup>392</sup>.

Como vemos, el proceso es similar al llevado a cabo con la intermediación laboral, un servicio público que sufre un proceso de transformación, pasando del monopolio estatal a la liberalización del mercado. Tanto el trabajo portuario como la intermediación laboral tienen un peso específico y destacado en el mercado laboral y económico, sin embargo, a diferencia de la liberalización de la intermediación laboral, la fortaleza de las personas trabajadoras de la estiba basada en su unión, les permite tener representación sindical propia, diferenciada del sindicato de clase, que les permite tener una capacidad de movilización muy importante que les ha permitido como hemos visto, frustrar en repetidas ocasiones las decisiones políticas que se materializan mediante normas jurídicas contrarias a sus intereses laborales y personales<sup>393</sup>.

La no convalidación del RD-L 4/2017 provocó que se buscara el respaldo parlamentario para la aprobación de su sucesor, el RD-L 8/2017, introduciendo cambios que reconfiguraron el equilibrio de intereses entre la libertad de empresa, y su flexibilidad, y la seguridad en el trabajo por parte de los actores. Vemos aparece un concepto fundamental en la nueva realidad laboral, que tratamos anteriormente, la flexiseguridad laboral<sup>394</sup>.

La especialidad del trabajo portuario, a diferencia de lo que ocurre con el trabajo agrario, sí le ha llevado a configurar su prestación de servicios como una relación laboral especial<sup>395</sup>, observándose especialmente en el sistema de acceso al empleo que ya mencionamos anteriormente. En el RD-L 2/86 se configuró un sistema monopolístico de contratación, canalizándola y

---

<sup>392</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario”, *Trabajo y Derecho*, nº. 37, 2018, p. 3.

<sup>393</sup> RODRIGUEZ RAMOS, P. “El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro”, *Temas Laborales*, nº. 142, 2018, p. 93.

<sup>394</sup> En este sentido, véase: MOLINA NAVARRETE, C. “Libertad de empresa, seguridad en el empleo y subrogación adaptativa: a propósito del “desregulador” nuevo régimen de la estiba”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 411, 2017, p. 105 y ss.

<sup>395</sup> En profundidad, véase: FERRANDO GARCIA, F. M<sup>a</sup>., “Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar”, *Foro de Seguridad Social*, nº. 20, 2008, pp. 133-148.

realizándose a través de las Sociedades Estatales, requisito *sine qua non* para trabajar en la estiba que posteriormente, tras la transformación de estas, pasó a realizarse a través de las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico y, finalmente, por las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP). De esta forma, amparándose en la especialidad del sector, se pretendía controlar la cualificación y capacitación del personal laboral de la estiba, siendo una de las principales funciones de la SAGEP la formación profesional práctica del personal portuario para garantizar el desarrollo adecuado de las actividades portuarias<sup>396</sup>. Sin embargo, este aspecto es cuestionable, provocando que en el proceso de liberalización del sector de la estiba se evolucione en la capacitación profesional. La Ley 48/2003 encargó al Gobierno de la Nación la creación de la titulación de formación profesional específica para la realización de trabajos portuarios, donde se incluye la manipulación de mercancías con el fin de “adaptar la adquisición de conocimientos al régimen general”<sup>397</sup>. Sin embargo, para prestar el servicio de carga y descarga de mercancías, se especifica en la norma que, además de la titulación es necesario superar una prueba que acredite la idoneidad de la persona para la realización de la actividad de estiba portuaria, cuyo contenido mínimo es regulado por Puertos del Estado<sup>398</sup>. En parecidos términos se aprobó la Ley 33/2010, cuyo art. 4 engloba los arts. 144 y 145 de la Ley 48/2003. Parece acertada la decisión del Gobierno de acatando las decisiones de liberalización de los mercados, proteja el interés general mediante la creación de títulos que certifiquen la capacidad profesional de la persona para realizar una determinada actividad como ocurre en el resto de sectores y no dejando que esta capacitación necesaria se encuentre en manos de unos pocos, pudiendo dar lugar a una falta de transparencia en el acceso al empleo en los puertos.

Ciertamente, los RD-L de 2017 favorecen la liberalización de la contratación laboral, pero con límites, como vemos, ya que se mantiene la especialidad del sector requiriendo una formación profesional específica para el trabajo en los

---

<sup>396</sup> Art. 9 párrafo 2º RD-L 2/1986; art. 153 LPEMM.

<sup>397</sup> Exposición de Motivos y DA 5ª.1 Ley 48/2003.

<sup>398</sup> DA 5ª.2 y 5 Ley 48/2003.

puertos. Al liberalizar la contratación ya no es necesario realizarla de manera prioritaria entre el personal de la SAGEP, pero deben cumplirse “los requisitos establecidos que garanticen la profesionalidad de los trabajadores portuarios”<sup>399</sup>. Esta situación comentada conlleva, entre las consecuencias del RD-L 8/2017, la derogación del art. 2.1 h) ET, que establecía el carácter especial de la relación laboral del personal de estiba portuaria provocando su inclusión en el régimen general.

#### **4.2.3 De las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios a los Centros Portuarios de Empleo**

Con el RD-L 8/2017 se produce una modificación legislativa que implica eliminar, en su mayor parte, el régimen de gestión de las personas trabajadoras que llevan a cabo el servicio portuario de manipulación de mercancías, recogido en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. De esta manera, se deroga de forma expresa, algunos artículos del RD-L 2/2011, y se modifican otros cuya proyección normativa debe mantenerse, pero adaptada a la nueva realidad.

Sin embargo, aunque se consolida el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, fue necesario establecer un proceso transitorio de tres años que propicie un tránsito ordenado, facilitando que las personas trabajadoras de las SAGEP conserven sus derechos laborales preexistentes en el nuevo escenario de libre competencia. A tal fin, se garantiza, como se manifiesta en la exposición de motivos del RD-L 8/2017, “el pleno respaldo financiero de la Administración portuaria a las operaciones precisas para la nueva configuración del sector”. Durante esta etapa de transición las SAGEP, como veremos a continuación, podrán subsistir.

Finalizada la etapa transitoria, las SAGEP podrán seguir realizando su actividad, en régimen de libre competencia, siempre que actúen de acuerdo con

---

<sup>399</sup> Art. 2.1 RD-L 4/2017 y RD-L 8/2017.

los requisitos generales establecidos para las ETT, debiendo, por tanto, disolverse o transformarse en ETT.

La norma contempla la posibilidad de crear Centros Portuarios de Empleo (CPE) con el fin de “permitir una rápida adaptación al carácter irregular de a prestación de los trabajos portuarios” cuyo objeto es “el empleo de los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como su cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios”<sup>400</sup>. En cuanto al establecimiento en los puertos, a diferencia de lo que sucedía con las SAGEP, pueden coexistir más de un CPE por puerto. Como acertadamente ha entendido la doctrina<sup>401</sup>, los CPE son los herederos de las SAGEP, aunque también hay quienes consideran que los CEP en realidad son una alternativa a la sugerencia del TJUE entre las empresas de estiba portuaria que gestionen las oficinas de empleo que suministran mano de obra y garantizan la formación del personal laboral o la gestión privada mediante la creación de “reserva de trabajadores”<sup>402</sup>.

La naturaleza de las SAGEP como sociedad anónima mercantil privada, calificación difícil de entender, determina que estas estuviesen sometidas a lo dispuesto en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y, supletoriamente, por el Real Decreto Legislativo 172010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital a pesar de dedicarse a la cesión de personal laboral pero su regulación no les exigía que para ello hubiera obtenido autorización equivalente a la propia de las ETT lo que, claramente, supone un agravio y, en nuestra opinión y en atención a lo expuesto en la presente investigación se trataría de sociedades a las que se les autoriza a llevar a cabo tráfico prohibido o ilegal de mano de obra, impidiendo además

---

<sup>400</sup> El entrecomillado pertenece al art. 4.1 párrafo 1º RD-L 8/2017.

<sup>401</sup> RODRIGUEZ RAMOS, P., “El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro”, *Temas Laborales*, nº. 142, 2018, p. 101.

<sup>402</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-PELLICER, M., “Sobre el régimen laboral de la prestación de servicios de manipulación portuaria”, en CABEZA PEREIRO, J. y FERNANDEZ DOCAMPO, B. (coord.), *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 529.

que quienes sí cumplen con la legislación laboral (ETT o empresas de servicios) participen en el sector portuario. El RD-L 8/2017 sí establece en su art. 4.2 que los CPE para su creación se someterán a la Ley 14/1994 así como la normativa complementaria.

Los CPE, que son los entes de empleo llamados a ocupar el hueco dejado por la SAGEP, cuyo objetivo es la contratación laboral de personal portuario para que sean puestos a disposición de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, requerían la adaptación de la normativa española para garantizar la libre competencia en el mercado laboral, en atención a lo establecido en el art. 101 TFUE. Este precepto declara que son incompatibles con el mercado interior y, por tanto, se prohíben “todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”, lo que hace inviable la supervivencia de las SAGEP a favor de los CPE. No obstante, la UE reconoce también en el art. 145 TFUE, que se potencie “una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea”.

Por lo que, para conjugar los principios de libertad de contratación con los derechos de las personas trabajadoras, se publica el Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, cuyo objetivo es “que se produzca un tránsito ordenado al nuevo marco en el que la aplicación de los principios del Derecho de la Unión Europea inspiradores de la libertad de competencia se lleve a efecto sin menoscabo de los derechos laborales básicos de los trabajadores y, sobre todo, sin merma del empleo en el sector”, como se expresa en el preámbulo del RD-L.



El RD-L 9/2019, en su art. 2. Uno, modifica el art. 1 LETT añadiendo el siguiente párrafo: “los centros portuarios de empleo que puedan crearse al amparo de lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, operarán como empresas de trabajo temporal específicas del sector de la estiba portuaria, con las particularidades previstas en el capítulo V de esta ley y en su reglamento de desarrollo”. Ciertamente, los CPE son ETT sectoriales debido a las especialidad y particularidad del sector en el que desarrollan su actividad, que requiere personal específico y cualificado. Sin embargo, debemos preguntarnos por qué no se lleva a cabo el mismo planteamiento con el sector agrícola que, como vimos, adolece de similar problemática a la portuaria; tal vez se deba a que el sector agrícola no dispone de la fuerza que sí tienen los representantes de las personas trabajadoras de los puertos que, como vimos, ha realizado una defensa numantina de sus intereses frente a los intereses políticos y económicos.

El RD-L 9/2019, en su art. 2. Dos añade un nuevo capítulo a la LETT, el V, sobre CPE. Lo primero que establece el articulado de este capítulo es el objeto de los CPE determinando que el que la actividad de estos es exclusivamente “el empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, así como la formación profesional de aquellos, la cual también podrá realizarse mediante el resto de alternativas previstas legalmente”. En definitiva, el art. 2. Dos RD-L 9/2019 modifica la LETT para adaptarla a las especialidades que presentan los CPE. Para ello, en primer lugar, integra dentro del concepto de ETT la figura de los CPE al añadir un párrafo al final del art. 1 LETT y, en segundo lugar, define y regula las características y modo de funcionamiento de los CPE al introducir el capítulo V LETT (arts. 18 a 21), en los términos que hemos visto anteriormente, cuyas singularidades se justifican, como indica el preámbulo del RD-L, por dos factores. Por un lado, la limitación del ámbito en el que van a poder operar los CPE, que se limita, exclusivamente, a la actividad de la estiba portuaria, y, por otra parte, la incorporación a su plantilla de personas trabajadoras con un contrato fijo provenientes de las SAGEP.

Por tanto, el proceso finaliza en uno de los puntos de partida de la presente investigación, la liberalización de los servicios públicos de intermediación laboral y el auge de la cesión de mano de obra por la flexibilidad que ofrecen estas figuras a los empleadores mediante sucesivas reformas de la LETT.

## **5. EFECTOS DE LA CESIÓN ILEGAL CON PARTICULAR ATENCIÓN AL RÉGIMEN SANCIONADOR**

Una vez analizada la intermediación laboral en el ordenamiento jurídico laboral español, hemos estudiado la externalización de servicios a través de contratas y subcontratas y la cesión de personas trabajadoras a través de ETT. Ahora nos centramos en la potestad sancionadora de la Administración laboral, materia regulada por el 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 (LISOS) y por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social (RIS).

El art. 43.3 ET establece que aquellos empresarios que incumplan los apartados 1 y 2 de dicho artículo, “responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social”, pudiendo también responder por otro tipo de responsabilidades que procedan por la realización de estos actos; es decir, responderán de manera solidaria por las deudas con las personas trabajadoras y con la Seguridad Social, además de incurrir en responsabilidad administrativa o, en su caso, penal.

El art. 312.1 Código Penal (incluido en el Título XV: Delitos contra los derechos de los trabajadores) castiga con prisión de dos a cinco años y multa a “los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra”. La normativa laboral, por su parte, en el art. 8.2 LISOS, considera infracción muy grave “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”. El art. 43.3 ET establece, como se acaba de señalar, una responsabilidad solidaria de empresa cedente y cesionaria. Además, el art. 43.4 ET establece que las

personas trabajadoras sometidas a tráfico ilegal de mano de obra tienen derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijas en la empresa cedente o en la cesionaria; esta opción podría ser un punto de partida para distinguir la infracción administrativa de la penal, pues si el trabajador ve limitada esta posibilidad, por ejemplo, por ser una de las dos empresas ficticia, podría tratarse de un supuesto ante tráfico ilegal de mano de obra.

Si la persona trabajadora opta por la empresa cesionaria, lo hará con igualdad de derechos respecto a las personas trabajadoras del mismo nivel en ese puesto de trabajo, y la antigüedad en la misma le computará desde el inicio de la cesión ilegal. Además, según criterio jurisprudencial, gozará de las diferencias económicas eventualmente existentes, con carácter retroactivo<sup>403</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia también ha establecido que no conservará el mejor salario que disfrutaba mientras estuvo vinculado a la cedente<sup>404</sup>.

Si se produce un despido improcedente, la posibilidad de optar entre la readmisión o la indemnización no le corresponde a la persona trabajadora afectada (a no ser que sea representante de las personas trabajadoras o delegado sindical) sino a aquella empresa con la que este haya decidido mantener la relación laboral<sup>405</sup>, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de ambas empresas, cedente y cesionaria.

Como ya se ha señalado, el art 8.2 tipifica como infracción muy grave “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”. La cesión se puede efectuar lícitamente a través de las ETT debidamente autorizadas, y estará siempre prohibida cuando se realice al margen de las

---

<sup>403</sup> SSTS 30 de noviembre de 2005 (RJ\2006\1231) y 24 de noviembre de 2010 (RJ\2011\1209).

<sup>404</sup> SSTS 9 de diciembre de 2009 (RJ\2009\5928) y 25 de mayo de 2010 (RJ\2010\2701).

<sup>405</sup> En este sentido, STS Sala de lo Social de 5 de febrero de 2008 (RJ\2008\1625), “el trabajador despedido de manera improcedente no era representante de los trabajadores ni delegado sindical, la opción entre la readmisión o la indemnización no le correspondía a él, sino aquella de las dos empresas -cedente o cesionaria- con la que dicho trabajador eligiera mantener la relación laboral”. Y STS Sala de lo Social de 3 de noviembre de 2008, FJ 6º: “verificada la existencia de cesión ilegal, siendo el despido improcedente, una vez que haya elegido el trabajador la empresa sobre la que se proyecta el efecto del artículo 43 ET, corresponde a la empresa que elija la opción entre la readmisión o indemnización en los términos previstos en el artículo 56.1 ET”.

mismas, para evitar que se introduzcan sujetos ajenos a la relación laboral, para comerciar con mano de obra<sup>406</sup>.

Del artículo 1.1 LISOS se desprenden los principios de legalidad y tipicidad, siendo posibles sujetos responsables los enumerados en el artículo 2 de la citada norma. Además de los principios anteriormente citados, del art. 1.1 se desprende el concepto de infracción, aunque este es muy general, ya que la norma establece que son infracciones administrativas las acciones u omisiones que realicen los sujetos responsables “tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social”. Esta definición, aplicable a todo el orden social, se concreta en conceptos particulares para cada ámbito material contenido en la regulación, encontrándose en el artículo 5 LISOS el concepto de infracciones laborales<sup>407</sup>, que son aquellas “acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de

---

<sup>406</sup> Véase, PÉREZ GUERRERO, M., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº. 58, 2005, pp. 185-220.

DE SOTO RIOJA, S., LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., PÉREZ GUERRERO, M. L., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “La descentralización productiva en el estatuto de los trabajadores: regulación y desregulación”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y PÉREZ GUERRERO, M. L., (coords.), *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*, Mergablum, Sevilla, 2006, pp. 165-222.

<sup>407</sup> El art. 5 LISOS establece que: “1. Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley. Asimismo, tendrán dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables en las materias que se regulan en el presente capítulo.

2. Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley.

3. Son infracciones laborales en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades europeas las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables contrarias a la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, o a sus normas reglamentarias de desarrollo, a las disposiciones de otros Estados miembros con eficacia en España, a los acuerdos celebrados conforme a la Ley o a las disposiciones citadas, y a las cláusulas normativas de los convenios colectivos que complementan los derechos reconocidos en las mismas, tipificadas y sancionadas de conformidad con esta ley”.

trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley”; y asimismo, tienen “dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables en las materias que se regulan” en el Capítulo II de la LISOS. Así pues, puede existir una pluralidad de sujetos responsables, no necesariamente coincidentes con la figura de sujeto titular de una empresa, susceptible de sanción en el orden social.

Teniendo en cuenta estas consideraciones previas, la Ley continúa estableciendo la graduación de las infracciones en materia de relaciones laborales (arts. 6 a 19 LISOS), siguiendo el principio de proporcionalidad, clasificándose en atención a su gravedad en leves -aquellas que incumplen deberes de forma o documentación-, graves -incumplimientos de mayor sustancia- y muy graves -las que vulneran derechos básicos o muy relevantes de las personas empleadas-<sup>408</sup>. No obstante, esto es una aproximación general y no siempre se advierte, con claridad, el criterio para distinguir unas de otras.

En definitiva, el ET prohíbe, y la LISOS tipifica y sanciona, un comportamiento objetivo, conductas determinadas en términos fácticos, con independencia del móvil defraudatorio que se esconda tras las mismas. Si, en última instancia, como un sector de la doctrina ha apuntado <sup>409</sup>, lo que se persigue es toda situación ficticia, mediante la cual aparezca como empleador formal, quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por quien realiza el trabajo, para evitar deliberadamente las obligaciones derivadas de la relación laboral, ello debe ser tipificado y sancionado por la jurisdicción penal por las consecuencias negativas que dicha acción tiene sobre el mercado laboral y sobre quienes cumplen con sus obligaciones.

El orden penal es el encargado de sancionar aquellas conductas que merecen un reproche legal más contundente. No sancionar penalmente ciertas

---

<sup>408</sup> Véase, LUJÁN ALCARÁZ, J. y SELMA PENALVA, A., “Infracciones y sanciones en materia de relaciones laborales”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (Dir.). *Infracciones y sanciones en el orden social: régimen jurídico*, Laborum, Murcia, p. 82-83. También, MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCIA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, cit, p. 825.

<sup>409</sup> Véase en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., (dir.), GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. (dir.), MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 544.

conductas supone, en cierta medida, desproteger parte del ordenamiento laboral ya que nada impedirá, a quienes infrinjan la ley laboral, seguir realizando sus actividades, dado que el orden social no tiene capacidad para limitar o suprimir derechos ni –en caso de que la gravedad de los actos lo requiriese-, privar de libertad, como más adelante veremos. El derecho penal laboral recoge como conductas típicas ciertos comportamientos que pueden ser sancionados, a la vez, por parte del orden social y penal. Ello puede generar ciertos conflictos en la aplicación de la normativa penal y de la laboral, al no existir criterios claros que permitan diferenciar la competencia de cada orden, además de suponer una infracción de los principios de legalidad y subsidiariedad<sup>410</sup>, como veremos más adelante. Es, ciertamente, necesario delimitar claramente qué conductas laborales integran el tipo penal laboral de tráfico ilegal de mano de obra, debiendo establecerse, o no, la punibilidad de los mismos en atención a los principios de ofensividad y lesividad por ser este un derecho de *extrema ratio*<sup>411</sup>.

Para proteger los intereses sociales es necesario que el Estado agote los medios menos lesivos antes de acudir al Derecho Penal, el cual tiene que

---

<sup>410</sup> El principio de legalidad es uno de los principios fundamentales en el Derecho Penal ya que es una garantía frente al *ius puniendi*, presente en nuestro ordenamiento jurídico, como resultado de la idea de la división de poderes. Se podría sintetizar con el lema “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Lo que significa que solamente la ley, que con carácter previo haya sido aprobada, puede determinar que comportamientos constituyen un delito y, por tanto, a qué conductas se le puede imponer una sanción penal, así como, el contenido de dichas sanciones. En este sentido, el principio “non bis in ídem” es un reflejo del principio de legalidad penal que aparece recogido en el art. 25 CE. La aplicación del principio de *non bis in ídem* es relevante en aquellos supuestos en los que concurren hechos que se pueden ser considerados delitos y, por tanto, conllevarían la imposición de una sanción penal, pero que también pueden ser objeto de infracción administrativa, como es el caso actual del delito de tráfico ilegal de mano de obra.

<sup>411</sup> En este sentido, véase, FUENTES OSORIO, J. L., “¿El legislador penal conoce la Normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el Administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, p. 553. Asimismo, la SAP Tarragona de 3 de noviembre de 2014 manifiesta que “en interés de dotar de la necesaria lesividad que debe conllevar toda infracción penal, se entiende que estamos ante un delito de tráfico ilegal de mano de obra cuando las conductas arriba descritas revistan tal gravedad que pudiera constatarse un peligro real a los derechos de los trabajadores, debiendo alcanzar la acción un desvalor tan grave en el orden ético-social que la haga merecedor del adecuado reproche penal. Una vez más, podría decirse, se realiza una interpretación discutible de un precepto penal, ya que la conducta típica descrita en la norma no exige la causación de un perjuicio para el trabajador (quien incluso puede obtener un beneficio) pero lo cierto es que el bien jurídico protegido por la norma penal viene constituido por los derechos de los otros trabajadores (a la hora de acceder al puesto de trabajo) así como las políticas públicas de empleo”.

utilizarse, como defendemos, como un instrumento subsidiario, de *ultima ratio*<sup>412</sup>. Conviene, ciertamente, desarrollar una adecuada política social para evitar el empleo de mecanismos sancionadores. Seguidamente, se utilizarán las sanciones no penales como son las civiles (nulidad del negocio jurídico, reparación del daño o perjuicio, entre otros) y las administrativas (multas, sanciones disciplinarias o privación de concesiones). En el caso de que fallen estos medios será necesario acudir al recurso de la pena o de la medida de seguridad. Es necesario remarcar lo anterior, por la tendencia del Estado social a una excesiva intervención y a una fácil “huida al Derecho Penal”<sup>413</sup>. Para evitar dicha huida, el Estado social cuenta con muchas posibilidades de intervención diferentes a la prohibición bajo sanción; ello, no obstante, en nuestra opinión, el ordenamiento sancionador laboral no puede poner fin, por sí solo, con la lacra que supone la intervención de sujetos que persiguen su enriquecimiento a costa de las personas trabajadoras, actuando en el mercado laboral. Por ello, no siendo un mecanismo suficientemente eficaz la imposición de multas y sanciones laborales, es preciso que sea el orden penal el que, en atención a la importancia que tiene la tutela de la indemnidad de la relación laboral, intervenga sancionando las conductas incluidas en el supuesto de hecho del delito de tráfico ilegal de mano de obra.

Tal vez sería más acertado establecer legalmente las excepciones objetivas al art. 43 ET, permitiendo la cesión de mano de obra, no solo en los grupos de empresa, sin en todas aquellas situaciones que no impliquen lesión de derechos para la persona trabajadora. Se debería atender a la aplicación objetiva del art. 43 ET, con la excepción e interpretación mencionada, y, en caso de que el juez laboral considerara que hay indicios de responsabilidad penal, por entender que puede existir intencionalidad defraudatoria, dar traslado a la jurisdicción penal para que se pronunciara al respecto. Por ello, en aras de la seguridad jurídica, se debería modificar la ley penal, delimitando con precisión el supuesto de hecho del delito de tráfico ilegal de mano de obra, es decir, es necesario en nuestra opinión, modificar la redacción del tipo penal para que incluya, con mayor

---

<sup>412</sup> ROXIN, C., *Problemas básicos de Derecho penal*, traductor LUZÓN PEÑA, D. M., Reus, *Colección: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros*, Madrid, 1976, p. 21.

<sup>413</sup> ROXIN, C., *Problemas básicos de Derecho penal*, cit., p. 77.

precisión y claridad, los supuestos de hecho contemplados en el delito de tráfico ilegal de mano de obra.

Ciertamente, existe una amplia jurisprudencia social sobre cesión ilegal de mano de obra, pero nuestro Derecho Penal no precisa qué supuestos de cesión ilegal han de ser sancionados penalmente. A nuestro juicio, la cesión ilegal susceptible de sanción penal es la que afecta no solo a la indemnidad de la relación laboral sino también al mercado laboral, habida cuenta del especial interés del Estado en tutelar ambos bienes jurídicos, por su impacto laboral, social y económico.

Como es sabido, las cesiones ilegales pueden tener lugar tanto en empresas ficticias como en empresas reales, si estas no actúan como verdaderas contratas. Los supuestos de cesión ilegal y la jurisprudencia social<sup>414</sup> vinculan la cesión ilegal con la necesidad de identificar al empresario real. Como ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de mayo de 2016<sup>415</sup>, “la doctrina de esta Sala en aplicación del precepto (refiriéndose al art. 43 ET) es copiosa y ceñida siempre al caso concreto que se resuelve, atendiendo a las distintas y múltiples situaciones que, en la práctica, pueden darse”.

La STS de 19 de junio de 2012<sup>416</sup>, que recoge, entre otras, las sentencias de 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 14 de diciembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de junio de 2003, 3 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 4 de marzo de 2008 y 25 de junio de 2009, donde se indica que “la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad

---

<sup>414</sup> STS 19/06/12, rec 2200/11 (RJ/2012/8551) y STS 18/05/16, rec 3435/14 (RJ/2016/2750).

<sup>415</sup> STS 18/05/16, rec 3435/14 (RJ/2016/2750).

<sup>416</sup> STS (Social) 19/06/2012, rec. 2200/2011 (RJ/2012/8551).



empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial". A nuestro juicio, en estos casos en los que se acude a testaferros, estaría clara la necesidad de sanción penal; existe un ánimo por parte de quien simula una realidad empresarial de eludir la legislación social en beneficio propio, derivándose de su actuación consecuencias, no solo para las personas empleadas, sino también para las empresas que sí cumplen con sus obligaciones; además de causar un perjuicio económico y social.

La sentencia de 16 de febrero de 1989 señala que la cesión puede tener lugar "aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta" y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, "aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria". Este mismo criterio ha sido reiterado en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 (RJ/1997/9315), y más recientemente, entre otras, en las SSTs de 27 de enero de 2.011 rec. 1813/2010 (RJ/2011/2126), y 2 de junio de 2.011, rec. 1812/2010 (RJ/2011/5209).

En nuestra opinión, el tráfico prohibido de mano de obra debe ser entendido como tráfico ilegal de mano de obra en los supuestos de empresas ficticias, donde aparezca testaferro. En estos casos, la jurisdicción social debe pasar el tanto de culpa a la penal, reservándose esta el conocimiento de los mismos por derivarse consecuencias lesivas para las personas empleadas y para el mercado laboral. Las empresas ficticias, por carecer de estructura u organización, afectan de forma genérica al mercado laboral y concretamente, a los intereses de las personas trabajadoras respecto de su relación laboral; todo ello se encuentra en relación directa con el bien jurídico protegido por el 312.1 CP.



## **CAPÍTULO IV: LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA**

Un sector de la doctrina se ha planteado si el Poder Legislativo, en su vertiente penal, conoce la normativa sancionadora laboral para, de esta forma aplicar adecuadamente los tipos penales en materia laboral<sup>417</sup>. Nosotros, en la presente investigación nos centramos en el art. 312.1 CP sobre tráfico ilegal de mano de obra. Además, la legislación penal puede provocar una superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral como puede ser el caso del tráfico ilegal de mano de obra. Este hecho puede conllevar también una infracción de los principios de legalidad y subsidiariedad. Ciertamente, el actual diseño de la normativa penal sobre la materia y, particularmente, la falta de concreción del supuesto de hecho del tipo penal podría dar lugar a una superposición del ilícito penal y del administrativo-laboral, eventualmente incompatible también con los principios *non bis in idem* y de subsidiariedad. Asimismo, debemos observar el principio de ofensividad y lesividad respecto de dicho tipo penal<sup>418</sup>. A continuación, trataremos de aportar algo de luz a este problema planteado no solo por la doctrina sino también en algunos pronunciamientos judiciales.

### **1. EL TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA COMO EFECTO DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA**

En un mundo globalizado e interconectado, las decisiones unilaterales de un Estado pueden tener condiciones negativas en otros. Un ejemplo de lo se acaba de señalar fue la regularización de las personas inmigrantes en situación irregular producida en España en 2005, la cual fue duramente criticada por el resto de países europeos, por provocar el denominado “efecto llamada”.

En dicho año, según datos del Ministerio de Defensa español, el índice migratorio aumentó considerablemente, pasando de 1.977.291 extranjeros con

---

<sup>417</sup> Véase: FUENTES OSORIO, J. L., “¿El legislador penal conoce la Normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el Administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 553-603, disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3149/3882>.

<sup>418</sup> En este sentido, véase: SAP Tarragona 422/2014 de 3 de noviembre, (ARP/1676).

permiso de residencia (a fecha 1 de enero de 2005), a 2.738.932 (a fecha 1 de enero de 2006), lo que suponía un incremento del 38.52%<sup>419</sup>. Este dato es casi el doble que el del año anterior que fue de un 20%. La causa, como se decía anteriormente, fue el proceso extraordinario de normalización de personas trabajadoras extranjeras, por el que se concedieron 570.961 autorizaciones. En la actualidad, los extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia ascienden a 5.535.079<sup>420</sup>. Debe tenerse en cuenta que España, junto con Italia, son los países que por su situación geográfica constituyen una zona de acogida y tránsito de personas de origen africano para entrar en Europa<sup>421</sup>. Por otro lado, la Constitución reconoce la posibilidad de otorgar la doble nacionalidad a personas extranjeras<sup>422</sup>, especialmente iberoamericanas, por tratarse de países con los que España tiene una especial relación, por haber formado parte de nuestra comunidad histórica, como se desprende del Art. 56.1 CE<sup>423</sup>. Al tratarse de continentes con menor estabilidad social y política (África y América Latina, principalmente) al llegar a territorio europeo, las condiciones de vida de las personas migrantes, son susceptibles de mejorar, lo que provoca un efecto “llamada” en sus compatriotas; efecto “llamada” que genera un aumento de la inmigración ilegal que puede regularizarse, bien por la adquisición de la

---

<sup>419</sup>CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, *El control de los flujos migratorios hacia España: situación actual y propuestas de actuación*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, p. 21.

<sup>420</sup> [http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201906/Residentes\\_Principales\\_Resultados\\_30062019.pdf](http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201906/Residentes_Principales_Resultados_30062019.pdf)

<sup>421</sup> Debemos tener en cuenta que desde la segunda mitad del S.XX, en Europa, tuvo lugar una disminución de los controles migratorios. España, pese a ser un país tradicionalmente de migrantes, experimentó un cambio sustancial, al convertirse en receptora de inmigrantes de diferentes países que trataban de encontrar respuestas a sus necesidades sociales y económicas a una situación, en muchas ocasiones desesperada. En este sentido: MONCLÚS MASÓ, M., “La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº. 94, 2001, p. 1; MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº. 94, 2001, p. 2, <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-05.pdf>

<sup>422</sup> Art. 11.3 CE. “El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España”.

<sup>423</sup> Art. 56.1 “El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes”.

nacionalidad del país destino o por planes de regularización de un determinado país.

Una vez en territorio europeo, en virtud del Acuerdo de Schengen<sup>424</sup>, las personas inmigrantes en situación irregular pueden circular por Europa con relativa facilidad y trabajar en los distintos países, lo que supone en muchas ocasiones un perjuicio para estas personas, que se pueden ver sometidas a condiciones laborales lesivas o incluso de explotación, respecto de quienes se encuentran en situación legal, originándose, con frecuencia, focos de marginación y exclusión social. Además, esta situación de irregularidad laboral produce efectos negativos para las economías estatales, tal y como señaló, por ejemplo, el informe anual 2010-2011 del Consejo Económico y Social de Canarias: *“La economía irregular... tiene, en opinión del CES, consecuencias muy negativas para el conjunto de la sociedad. Estas actividades... por estar al margen del marco institucional y, en particular, fuera de las normas laborales y fiscales, supone para el tejido empresarial una quiebra del principio de competencia, para los trabajadores una situación de precariedad laboral e incremento de los riesgos laborales y para el conjunto de la sociedad una vulneración de las reglas del juego establecidas, con graves efectos también para la Hacienda Pública, a la que resta capacidad para financiar servicios y prestaciones”*<sup>425</sup>.

Esta afirmación fue, a su vez, recogida en la Resolución de 12 de mayo de 2014, de la Secretaría General Técnica, por la que se publicó el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de lucha contra la economía irregular y el empleo sumergido (BOE Núm. 128 de 27 de

---

<sup>424</sup> Schengenland es la denominación dada al territorio que comprende a aquellos estados de la Unión Europea que han acordado la creación de un espacio común cuyos objetivos fundamentales son la supresión de fronteras entre estos países, la seguridad, la inmigración y la libre circulación de personas. En la actualidad, forman parte del territorio de schengen los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza (<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/acuerdo-de-schengen>).

<sup>425</sup> Consejo Económico y Social de Canarias, Informe Anual del CES 2011 sobre la situación económica, social y laboral de Canarias en 2010, Consejo Económico y Social de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, 2011, p. 558, [http://www.cescanarias.org/ces\\_ia\\_10-11/archivos/libro.pdf](http://www.cescanarias.org/ces_ia_10-11/archivos/libro.pdf)

mayo de 2014, p. 39978). Posteriormente, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, recogió la afirmación realizada por la Comisión Europea de que el empleo sumergido es un “supuesto extremo de segmentación del mercado de trabajo”<sup>426</sup>, y continúa diciendo la citada ley que el empleo irregular:

*“aboca a los trabajadores a una espiral continua de pérdida de sus derechos –al impedir su promoción personal y profesional, entre ellos el derecho a la formación y a la recualificación – y, por otra parte, genera un daño importante para los sistemas de Seguridad Social, tanto por cuotas no ingresadas, como por el pago indebido de prestaciones”.*

En esta línea, numerosas empresas se aprovechan de la situación de irregularidad de las personas inmigrantes, para contratarlas al margen de los mecanismos legales establecidos, con violación de sus derechos, y perjudicando las arcas públicas y la economía, al plantear situaciones de competencia desleal con aquellas otras empresas que sí cumplen la normativa.

Procede señalar además que, como consecuencia de la globalización, es cada vez más común que ciertos procesos o ciclos productivos de una empresa sean descentralizados y no sean llevados a cabo por una sola organización empresarial sino por varias que, estando coordinadas entre sí o subordinadas unas a otras, actúan manteniendo su autonomía jurídica y económica; y esto siempre lo hará buscando beneficios económicos, por lo que ese proceso descentralizador lo llevarán a cabo donde sea más rentable para su actividad económica y empresarial, externalizando ciertas parcelas del proceso productivo, para ser ubicadas, con frecuencia, en países en vías de desarrollo.

Todo ello supone una polarización entre países ricos y pobres, ya que, persiguiendo mayor rentabilidad económica, las empresas encuentran en los países en vías de desarrollo o con una protección laboral más complaciente con los intereses puramente económicos, menores costes para producir los bienes; e incluso, en ocasiones, los Estados de destino crean áreas especiales al

---

<sup>426</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: Intensificar la lucha contra el trabajo no declarado. COM (2007) 628 final, p. 4.

margen de la normativa estatal -como son las denominadas “zonas francas”-, para que tales empresas se establezcan.

La globalización económica y la descentralización productiva puede incidir negativamente en las condiciones laborales de las personas trabajadoras, tanto de los países desarrollados como de los que se encuentran en vías de desarrollo, pues la decisión de descentralizar actividades complementarias, a veces deslocalizándolas, permite reducir los costes laborales merced a los “salarios más reducidos ofrecidos por las empresas auxiliares”<sup>427</sup>.

Por efecto de la nueva estructura económica y productiva desarrollada a nivel mundial surgen nuevas formas de explotación, profundizándose en la desigualdad entre países. No es difícil comprender que muchas personas originarias de países emergentes, en los que el Derecho del Trabajo se encuentra en un estado embrionario, migren a los más desarrollados en busca de mejoras en sus condiciones de vida y de trabajo y, con frecuencia, aprovechándose de esta necesidad, algunos sujetos sin escrúpulos encuentran una fórmula para obtener, al margen de la legalidad, pingües beneficios económicos.

Ciertamente, estos movimientos migratorios, favorecidos por la globalización, originan que grupos criminales organizados y sujetos individuales busquen en las relaciones laborales al margen de la ley un beneficio económico a costa de personas que aspiran a mejorar su bienestar. En esta línea, la Memoria Anual de Extranjería de la Fiscalía española de 2012 indicó, en referencia al artículo 312 CP, que el número de diligencias previas iniciadas fue de 287, las archivadas alcanzaron las 60, estando en tramitación 227. Asimismo, en cuanto a los escritos de calificación provisionales, el número de víctimas fue de 57 y un total de 31 acusados entre personas nacionales nacionales y extranjeras.

---

<sup>427</sup> CRUZ VILLALON, J., “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”, Comunicación presentada al *XVIII Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 5-8 septiembre, Paris, 2006, p. 8 <http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/SpainSpanish-Villalon.pdf>

Hacemos referencia al año 2012 ya que es el último en el que se ofrecieron datos en la Memoria Anual de la Fiscalía sobre el delito de tráfico ilegal de mano de obra. En 2013 se procedió a realizar un seguimiento específico y diferenciado del delito de trata de seres humanos por parte de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado con la finalidad, como se expresa en la Memoria del año 2015, “de definir las características criminológicas de la trata en España, de valorar la eficacia de los medios de investigación utilizados para la persecución del delito según las recomendaciones internacionales, y recabar una información lo más amplia y fiable posible que pueda servir de apoyo documental a los distintos organismos nacionales e internacionales comprometidos en la acción común contra la esclavitud del siglo XXI”. En definitiva, desaparece la persecución penal del tráfico ilegal de mano de obra en favor de la persecución de la trata de seres humanos del 177 bis CP. Como ya se ha señalado, es muy razonable que el delito de trata tenga un tratamiento diferenciado del de cesión ilegal, pues son distintos los bienes jurídicos protegidos por ambos tipos penales. No obstante, lo que no parece razonable es que deje de perseguirse el delito contemplado en el 312.1 CP; lo que, en realidad, procede es que se inicie el camino para definir con precisión las características del delito de tráfico ilegal de mano de obra. En este contexto, no se entendería que se mantuviese su persecución en la Unidad de Extranjería ya que no se trata de un delito contra los derechos de las personas extranjeras (las cuales si son mencionadas en el art. 312.2 CP).

En el sentido de lo expresado en la citada Memoria de 2012, se manifiesta la STS de 5 de febrero de 1998 (RJ\1998\424), FJ. 5:

*“Aquel delito (en referencia al Art. 499 bis, párrafo tercero, del CP de 1973, sobre tráfico ilegal de mano de obra y migraciones fraudulentas) surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para*



*aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación (...). El bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta -el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad de personas- se viola gravemente cuando, como en el caso que nos ocupa, se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio una cantidad de dinero para ellos exorbitante, para que abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero en el que su condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad -téngase en cuenta que hablamos de un delito de riesgo abstracto- a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo mucho más desfavorables a las que se tiene derecho en el país de recepción”.*

En la mayoría de las ocasiones estas personas extranjeras no poseen los permisos necesarios, lo que provoca su inserción laboral al margen de los mecanismos legales. En unos supuestos, los incumplimientos descritos constituirán meras infracciones administrativas, pero en otros, serán constitutivos de delitos; hallar la línea divisoria entre unos y otros constituye, una tarea complicada.

Por ello, se debe abordar la lucha contra el tráfico ilegal de mano de obra desde la transversalidad jurídica que afecta no solo al derecho del trabajo sino también al derecho penal, entre otros.

## **2. Tratamiento jurídico-penal del tráfico ilegal de mano de obra**

### **2.1 Acercamiento al delito de tráfico ilegal de mano de obra contemplado en el artículo 312.1 del código penal**

El Código Penal español recoge en el Título XV del Libro II (arts. 311-318) los “delitos contra los derechos de los trabajadores”<sup>428</sup>, tipificando en este Título, aunque en ocasiones no de forma precisa, las acciones y omisiones constitutivas de delito<sup>429</sup>.

Los preceptos aquí contemplados describen actos o incumplimientos del ámbito laboral que, por su trascendencia, merecen la reacción por parte de la jurisdicción penal. Por tanto, una nota característica diferenciadora del tipo penal frente a la infracción administrativa es la gravedad del hecho<sup>430</sup>. En este sentido, como veremos a continuación, se debe observar el principio de ofensividad de cara a considerar la pertinencia de la protección penal.

En esta materia, existe una amplia normativa administrativo-laboral protectora de los derechos de las personas asalariadas. Ahora bien, algunas violaciones de derechos de este colectivo son, por su especial relevancia,

---

<sup>428</sup> En Italia el Código Penal se divide en tres Libros que, a su vez, se dividen en títulos y, estos, se pueden subdividir en capítulos y secciones. El Capítulo Primero está dedicado a los delitos en general (“Dei reati in generale”), integrado por ocho títulos; el Capítulo Segundo, “De los delitos en particular” (“Dei delitti in particolare”), compuesto por trece títulos; y, el Capítulo Tercero “De las violaciones en particular” (“Delle contravvenzioni in particolare”), conformado por tres títulos. Debemos destacar que, a diferencia del CP español, el CP italiano no dedica ningún título a los delitos contra las personas trabajadoras o contra las relaciones laborales. Sin embargo, sí tipifica en el art. 603 bis la intermediación ilícita y la explotación laboral, que se encuentra dentro del Título XII, “De los delitos contra la persona”; Capítulo III, “De los delitos contra la libertad individual”; Sección I, de los delitos contra la personalidad individual. Aunque la redacción del artículo (introducido por el Decreto Legislativo de 13 de agosto de 2011, nº 138, modificado por la Ley nº 148 de 14 de septiembre de 2011 y, posteriormente, reemplazado por el art. 1, párrafo 1, de la Ley nº 199 de 29 de octubre de 2016, de conformidad con las disposiciones del Artículo 12, párrafo 1 de la ley 199/2016), lo hace de manera distinta al CP español, el precepto italiano parece recoger la interpretación jurisprudencial penal española de tráfico ilegal de mano de obra.

<sup>429</sup> Esto se puede deber, como un sector de la doctrina científica penal ha considerado, por la imprecisión del tipo, destacando principalmente el 312.1 y el 315 CP, entendiendo que “la imprecisión confunde lo que es importante con lo que no lo es y hace que el mensaje normativo pierda fuerza preventiva”, en LASCURIAIN SANCHEZ, J. A., “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta”, *ADPCP*, vol. LVII. 2004, p. 21. En este sentido: MARTINEZ BUJAN-PEREZ, C., *Derecho Penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 580; MESTRE DELGADO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros, Manual de Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001, p. 406, considera que “la falta de concreción legal de lo que se entiende por tráfico de mano de obra dificulta muy seriamente la aplicabilidad de este precepto”

<sup>430</sup> Véase, MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, p. 283, quienes señalan que “puede decirse que en estos preceptos se contemplan infracciones laborales que añaden alguna nota de gravedad, desde el punto de vista del orden público o la convivencia social, a las que simplemente generan responsabilidad administrativa”.

tipificadas en el Código Penal y sancionadas por la jurisdicción penal. Este hecho no debe suponer una vulneración del principio “non bis in ídem”, como veremos más adelante, aunque un sector de la doctrina entienda que existe duplicidad a la hora de proteger determinados derechos.

Como defiende MIR PUIG, “el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos”<sup>431</sup>. Ciertamente, el Derecho Penal ha de ser subsidiario del Derecho sancionador laboral y ha de intervenir sólo en los supuestos en los que los derechos de las personas empleadas se vean gravemente afectados<sup>432</sup>; de hecho, podría ocurrir que tales derechos no se vean estrictamente “lesionados” como, excepcionalmente, puede ocurrir cuando, en caso de cesión ilegal, la persona trabajadora, al regularizar su situación laboral, no conserve el mejor salario que obtenía mientras estaba vinculada a la empresa cedente. En todo momento se ha de tener presente el principio de intervención mínima, buscando el bien social con el menor coste<sup>433</sup>. En este sentido, debemos señalar, como ha manifestado la doctrina científica, que la necesidad de tutelar un bien jurídico, en este caso la indemnidad de la relación laboral, requiere que la respuesta normativa sea además de garantista, eficaz, por lo que la tipificación ha de ser clara para no generar problemas interpretativos o aplicativos del tipo<sup>434</sup>. Por ello, el bien tutelado ha de gozar de significatividad para ser considerado “interés de primera magnitud”, siendo por tanto meritorio de protección penal y no meros ilícitos

---

<sup>431</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal (parte general)*, 10ª ed, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 127.

<sup>432</sup> En este sentido, SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931): “La represión penal ha de venir reservada para aquellos supuestos de tráfico ilegal que, por ser más intolerables, merecen un reproche superior a la mera sanción administrativa, y que indiscutiblemente se nos presentarán no como conductas aisladas sino más o menos habituales y, en todo caso, lucrativas”.

<sup>433</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal (parte general)*, cit., p. 127, advierte que “el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”. En el mismo sentido, SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931).

<sup>434</sup> En este sentido, GUIRAO SORIANO, P., “La protección penal de los derechos del socio. Crítica y derecho comparado”, en *III Jornadas doctorales de la UM*, EDITUM, Murcia, 2017, p. 367, quien además considera que “el hecho de que se tipifique sobre la base de la lesión de bienes jurídicos no lo es todo en orden a gozar de un Derecho Penal de buena salud, pues los bienes jurídicos han de tener relevancia penal (significatividad) para tener acceso al Código Penal”.

administrativo-laborales criminalizados<sup>435</sup>. La imprecisión en la redacción del art. 312.1 CP ha provocado que se ponga en entredicho el principio de ofensividad<sup>436</sup>. Con la presente investigación pretendemos fundamentar, a través de la conceptualización del tipo penal, el principio de ofensividad para alcanzar una protección real y efectiva de las conductas laborales que se sancionan. Por tanto, nuestra investigación intenta ir más allá del principio de intervención mínima al considerar también el principio de ofensividad.

La estructura general de toda norma penal consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En nuestro caso, el objeto de estudio es el art. 312.1 CP, donde se dispone que “*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*”; como más adelante veremos, se trata de un delito autónomo, diferente del delito de migraciones fraudulentas o clandestinas, y del de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral<sup>437</sup>. El supuesto de hecho es traficar de manera ilegal con mano de obra, cuya consecuencia jurídica es la pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses<sup>438</sup>.

Este tipo penal procede del art. 499 bis. 3 del derogado CP de 1973. En él se describían dos conductas diferentes; por un lado, se castigaba con arresto mayor y multa a quien traficara de cualquier manera ilegal con la mano de obra. La doctrina científica consideró, en atención a la regulación del CP 1973, que dicha

---

<sup>435</sup> Véase, CUESTA PASTOR, P., *Delitos Obstáculo. Tensión entre Política Criminal y Teoría del Bien Jurídico*, Comares, Granada, 2002, p. 117-121.

<sup>436</sup> En este sentido, FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 258-260.

<sup>437</sup> La LETT, publicada un año antes que el CP, manifestaba en el preámbulo que “La contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a necesidades conyunturales ha sido tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos, por estimar que ambas figuras podían atentar contra derechos fundamentales de los trabajadores”. Asimismo, el art. 43ET, referente a la cesión ilegal de mano de obra, establece en su apartado 4 que “Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”.

<sup>438</sup> Durante el debate parlamentario se decidió que la multa fuese “del tanto al triple del beneficio obtenido”, sin embargo, en el documento final que se aprobó se volvió a la penalidad del Proyecto.

expresión se entendía como traficar al margen de las oficinas de empleo, monopolio entonces del Estado, prohibiendo, consecuentemente, los mecanismos de intermediación en el mercado de trabajo y la cesión ilegal de mano de obra<sup>439</sup>. Al eliminarse, como ya se ha analizado, con la reforma del mercado laboral de 1994, el monopolio público de colocación, al legalizarse, asimismo, las agencias privadas de colocación, en primer lugar, sin fines lucrativos y, en la actualidad, también con ánimo de lucro y, finalmente, al reconocerse las ETT como vía para la cesión legal de personas trabajadoras<sup>440</sup>, se alteraron sustancialmente las premisas prohibidas por el tipo penal. Y, por otro lado, se castigaba la cesión de mano de obra que de “forma maliciosa” suprimiera o restringiera “los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales”.

Actualmente, el tipo penal castiga con la pena de dos a cinco años de prisión y multa de seis a doce meses a quien trafique de manera ilegal con mano de obra. Sin embargo, como hemos apuntado anteriormente, el tipo es ambiguo ya que, como venimos analizando a lo largo de la presente investigación, no es, en absoluto, evidente en qué consiste traficar ilegalmente con mano de obra<sup>441</sup>.

La jurisprudencia penal, como veremos, ha interpretado que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de las personas trabajadoras<sup>442</sup>, con independencia de que el contrato de trabajo sea válido o nulo, y abstracción hecha de que la persona trabajadora esté en

---

<sup>439</sup> BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 83.

<sup>440</sup> Véase en este sentido: CASAS BAAMONDE, M. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C., “La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº. 1, 1994, p. 246; también, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las empresas de Trabajo Temporal en España: comentarios a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

<sup>441</sup> Un sector de la doctrina penalista ha entendido que el art. 312 denomina de forma genérica el tráfico ilegal de mano de obra, agrupando el propio tráfico en sentido estricto y las tipificaciones del reclutamiento fraudulento de mano de obra, en este sentido, MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª. ed., Dykinson, Madrid, 2016, p. 842.

<sup>442</sup> STS 30/06/00, (EDJ/18344).

situación legal o sea inmigrante ilegal<sup>443</sup>. Ahora bien, se debe fundamentar doctrinalmente el tipo penal para no caer en una posible arbitrariedad legislativa de la que adolecen ciertos delitos de riesgo abstracto. Situación que no ocurre en aquellos supuestos donde existe una lesión directa sobre la víctima<sup>444</sup>. Este hecho lo podemos observar en el tipo analizado, donde la lesión directa sobre la víctima la contempla el art. 177 bis y, la protección del delito de riesgo abstracto, al afectar la conducta al mercado laboral, la encontramos en el art. 312.1 CP. Por tanto, en nuestra opinión, el delito de tráfico ilegal de mano de obra debe aplicarse a sujetos activos que actúan sobre una pluralidad de sujetos pasivos, hecho que incide notablemente sobre el mercado laboral superando la mera infracción administrativa que se debe aplicar, en nuestra opinión, en casos de carácter individual y no habitual.

La jurisprudencia penal también ha considerado, por un lado, que el rigor de la pena imposibilita identificar el tráfico ilegal de mano de obra con la simple contratación ilegal de personas trabajadoras, con la mera intermediación ilegal en el mercado de trabajo, o con la cesión ilegal de personas trabajadoras, considerando que la conducta típica debe reunir, al menos, los siguientes requisitos:

- que se trate de un mediador y, por lo tanto, no solo del empresario contratante<sup>445</sup>.

- que quien intermedia lo haga motivado por el ánimo de lucro<sup>446</sup> y que ello redunde o pueda redundar en perjuicio de los intereses las personas trabajadoras (la legalización de las agencias de colocación con ánimo de lucro reduce el ámbito de esta exigencia, que quedará constreñida a la prohibición actual de cobrar contraprestación alguna a la persona trabajadora por los servicios de intermediación laboral prestados); y

---

<sup>443</sup> STS 30/06/00, (EDJ/18344); y, 30/01/03, (EDJ/2103).

<sup>444</sup> En este sentido: CUESTA PASTOR, P. *Delitos Obstáculo. Tensión entre Política Criminal y Teoría del Bien Jurídico*, cit., p. 117-121.

<sup>445</sup> SAP Málaga 10/03/00, (EDJ/16646).

<sup>446</sup> SAP A Coruña 11/11/13, (EDJ/241374).

- que el sujeto activo se dedique habitualmente a este tipo de intermediación<sup>447</sup>.

En general, los órganos judiciales manifiestan la necesidad de que exista un deslinde adecuado y eficaz entre el tipo penal y la mera infracción administrativa laboral<sup>448</sup>. En nuestra opinión, solo es posible hablar, con propiedad, de tráfico ilegal de mano de obra, cuando se incida en la relación laboral de las personas trabajadoras en el contexto del mercado laboral; no debiendo aplicarse este tipo penal cuando se utilice a las personas trabajadoras como un objeto, es decir, cuando se persiga la explotación de las mismas. Esta interpretación, donde existe explotación en la intermediación o cesión de mano de obra, es la que ha realizado el legislador italiano, tipificándola el CP italiano<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> SAP A Coruña 11/11/13, (EDJ/241374).

<sup>448</sup> En este sentido, la SAP Tarragona 422/2014 de 3 de noviembre, (ARP/1676), manifestó que “tras la nueva regulación introducida por el CP 1995 y la modificación de la normativa sancionadora laboral, la doctrina penalista ha venido discutiendo si el delito previsto en el art.312.1 respeta el principio de ofensividad penal y si, aun admitiendo lo anterior, en la actividad de tráfico ilegal hay que entender incluidas, además de la conducta de cesión ilegal de trabajadores, la de colocación irregular. En este sentido, debe recordarse que se está en presencia de una infracción destinada a salvaguardar el buen funcionamiento del mercado laboral, en concreto, de las normas relativas a la contratación laboral”.

<sup>449</sup> En este sentido, el legislador italiano ha introducido en su CP como elemento diferenciador, la explotación de la persona trabajadora; art. 603 bis: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato.

Ai fini del primo comma, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze:

1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;

2) la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;

3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale;

4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti.

Costituiscono aggravante specifica e comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà:

1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre;

Con la punición del tráfico de mano de obra se trataría de evitar que el resultado de la actividad humana, el trabajo, sea considerado como una simple mercancía o se comercie con el trabajo y esfuerzo ajeno sin respeto a los más esenciales principios de la dignidad humana<sup>450</sup>. Con ello, se reforzaría la importancia que tiene el mercado laboral y quienes lo integran para los intereses generales.

Erróneamente, en determinadas sentencias se admite un modo comisivo del delito que entra en conflicto con otros tipos penales sobre contratación forzada, fraudulenta o abusiva (sobre esta materia se incidirá más adelante). Sin embargo, como ya se ha adelantado, estas interpretaciones son erróneas en atención al bien jurídico protegido, y no coinciden con la posición de la doctrina científica laboral y penal en torno al 312.1 CP. En este sentido, si se incluyese en el supuesto de hecho del delito de tráfico de mano de obra (art. 312.1 CP) la contratación forzosa, fraudulenta o abusiva, dicho tipo provocaría un concurso de delitos con el delito de trata de seres humanos con fin de explotación laboral, del art. 177 bis CP.

A este respecto, conviene tener presente que, conforme a normativa internacional ratificada por España, por trata de seres humanos cabe entender “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”, incluyendo esa explotación, “como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios

---

2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa;

3) l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori intermediati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro”.

<sup>450</sup> STS 18/5/81, (EDJ/4496). En este sentido, CARBONEL MATEU y GONZALEZ CUSSAC entienden que en el tráfico ilegal de mano de obra existe un aprovechamiento de las personas trabajadoras, al enriquecerse mediante la actividad que estas realizan, en este sentido, CARBONEL MATEU, J.C. y GONZALEZ CUSSAC, J.L. consideran que en el tráfico ilegal de mano de obra existe un aprovechamiento de las personas trabajadoras, al enriquecerse mediante la actividad que estas realizan, en VIVES ANTON, T.S (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.



forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”<sup>451</sup>.

## **2.2 Delimitación de los sujetos activo y pasivo del delito de tráfico ilegal de mano de obra**

En primer lugar, debemos determinar el sujeto activo del delito, y, al respecto, cabe señalar que se trata de un sujeto indeterminado por el Código Penal, ya que se refiere a “*los que trafiquen de manera ilegal*”, no especificando que este sea el empresario o empleador sino que puede ser cualquier persona (así, tanto un particular que actúa como intermediario entre el empresario y la persona trabajadora como un empresario que acuerda con otro cederle mano de obra a cambio de un precio) y, aunque en la mayoría de los casos pueda ser un empresario por tratarse de un delito contra los derechos de las personas trabajadoras, no siempre será así<sup>452</sup>. No obstante, un sector de la doctrina considera que se trata de un delito especial que sólo puede ser cometido por el empleador o empresario<sup>453</sup>.

Habría sido más sencillo si el legislador hubiese especificado el sujeto activo del delito, de modo similar a como ocurre en la legislación administrativa laboral, concretamente en el art. 2 LISOS, no dejándolo a la interpretación de la doctrina, los jueces y tribunales competentes. El mencionado artículo puede ser tomado como referencia para interpretar la norma penal, puesto que en él se precisa que son sujetos responsables de la infracción laboral determinadas

---

<sup>451</sup> Art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, y ratificado por España el 21 de febrero de 2002 (BOE, núm. 296, de 11 de diciembre de 2003).

<sup>452</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 349: “Sujeto activo en este sentido puede serlo cualquiera que trafique con mano de obra. No se requiere, pues, que sea empresario”; y, VILLACAMPA ESTIARTE, C. “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. coord.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 1154.

<sup>453</sup> En este sentido: QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal (parte especial)*, 6ª ed, Atelier, Barcelona, 2010, p. 863, el cual establece un paralelismo con el art. 311 CP, estableciendo que en ambos casos el sujeto activo es el empresario.

personas físicas o jurídicas y comunidades de bienes, que pueden variar dependiendo del tipo de relación de que se trate. Así, en la relación laboral estricta, se considera responsable al empresario (art. 2.1 LISOS); en los movimientos migratorios a “los transportistas, agentes consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan” en dichos movimientos (art. 2.4 LISOS); y respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros, a “los empresarios y trabajadores por cuenta propia” (art. 2.5 LISOS). Sin embargo, el art. 318 CP indica que las personas jurídicas no tienen responsabilidad, sino que la pena se le impondrá a “los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello”<sup>454</sup> (en atención al art. 31 bis CP). No obstante, en nuestra opinión, se debe entender que sujeto activo puede ser cualquier persona física o jurídica que lleve a cabo la conducta típica, aunque, como podemos observar, nos encontramos ante una norma penal en blanco con incertidumbre respecto a la responsabilidad del sujeto activo cuando se trate de una persona jurídica.

En cuanto al sujeto pasivo, parece no haber debate, este será la persona trabajadora afectada por la conducta del sujeto activo. No obstante, los pronunciamientos judiciales no consideran como tal a las personas que trabajan, en su acepción jurídico laboral (aquellas que prestan su trabajo por cuenta ajena en virtud de una relación contractual reglamentada)<sup>455</sup>, pudiendo ser cualquiera, incluso legal o clandestina, ya que si se admitiese lo contrario equivaldría, en palabras del Tribunal Supremo, a “una invitación a los empleadores para la

---

<sup>454</sup> Art. 318 CP: “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”.

<sup>455</sup> En este sentido, entre otras, SAP de Huelva de 7 de noviembre de 2005 (ARP\2006\361).

contratación de inmigrantes ilegales en cualesquiera condiciones, porque no están sujetos a ninguna normativa”<sup>456</sup>.

### **2.3 Conducta típica: traficar de manera ilegal con mano de obra**

Una vez analizado el sujeto activo y pasivo, debemos concretar el supuesto de hecho, para saber exactamente qué abarca, ya que se trata de un tipo poco concreto que puede ocasionar un concurso de delitos con otros supuestos de hecho contemplados en nuestro Código Penal. Así, por ejemplo, respecto del art. 177 bis CP, que tipifica la trata de seres humanos, siendo uno de los ilícitos incluidos en el supuesto de hecho la trata con fines de explotación laboral<sup>457</sup>, podría ocasionarse un concurso ideal (un hecho que constituye dos o más delitos); y en relación con los delitos de falsedad documental o de estafa se podría apreciar concurso medial (delito medio para cometer otro), como más adelante analizaremos.

Comenzaremos el análisis partiendo de la etimología de la palabra traficar<sup>458</sup>. Como un sector de la doctrina ha manifestado, “nos interesa, así, la epistemología penal como sensor que capta la información fundamental sobre el

---

<sup>456</sup> En esta línea, STS de 30 de junio de 2000 (RJ\2000\6081) y SAP Huelva de 7 de noviembre de 2005 (ARP\2006\361).

<sup>457</sup> Art. 177 bis.1: “Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía; c) La explotación para realizar actividades delictivas; d) La extracción de sus órganos corporales; y, e) La celebración de matrimonios forzados”.

<sup>458</sup> En este sentido, se pronuncia la SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931): “La represión penal ha de venir reservada para aquellos supuestos de tráfico ilegal que, por ser más intolerables, merecen un reproche superior a la mera sanción administrativa, y que indiscutiblemente se nos presentarán no como conductas aisladas sino más o menos habituales y, en todo caso, lucrativas pues, como también ha señalado parte de la doctrina, el término «traficar», que constituye el verbo nuclear del tipo penal, ha de entenderse en el sentido de comerciar, eso es, la actividad de mediación habitual no autorizada de contratos de trabajo presidida por un ánimo de lucro, quebrando el control administrativo, por lo que la conducta habrá de entenderse atípica cuando no se den las notas de habitualidad y de lucro”.

injusto, como estructura que debe notar la evaluación del daño infligido por un sujeto sobre otro mediante la postestructura laboral; y esa valoración, sobre todo respecto de la evaluación de la lesión que recae sobre el sujeto, debe estructurarse en la axiología de lo penal<sup>459</sup>. El verbo base del tipo es “traficar”, palabra que proviene del latín *transfigicare*, que quiere decir cambiar de sitio y tiene como acepciones: comerciar, negociar con dinero y las mercancías; andar o errar por varios países, correr mundo; y también, hacer negocios no lícitos<sup>460</sup>. Esta es la definición que da la RAE para dicho término. Por tanto, traficar con mano de obra, requiere que dos o más sujetos acuerden comerciar o hacer negocios no lícitos (intermediar) con una cosa u objeto; en este caso, con personas en las que concurre una cualidad especial, que son trabajadoras, ya que para consumar el delito se requiere que la persona sea contratada y pase a prestar sus servicios a un tercero o exista la intermediación laboral de un tercero que cobra a la persona trabajadora por el servicio, producto de los actos del sujeto activo. Como avanzamos al principio de esta memoria de doctorado, nos centramos en el trabajo como resultado de la actividad humana, separado de la persona en sí<sup>461</sup>, esta es la diferencia principal con otros delitos conexos (ej. 177 bis). Da igual la finalidad con la que se realice el acto, siempre será ilícito<sup>462</sup>. Nos quedaremos con estas dos acepciones del término, comercio y negocio, ya que las otras serían propias del art. 313.1 CP, que castiga las migraciones fraudulentas o clandestinas, que están relacionadas en parte con el art. 312.1 CP, como más adelante analizaremos. Recuérdese que en el CP de 1973 se encontraban tipificados conjuntamente, en el art. 499 bis apartado 3º, los tipos penales ahora regulados en los arts. 312.1 y 313.1 del actual CP.

---

<sup>459</sup> PEREZ GONZALEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, cit., p. 156.

<sup>460</sup> <http://lema.rae.es/drae/> , 5 de junio de 2013.

<sup>461</sup> En este sentido, véase: MORILLAS CUEVA, L. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª. ed., Dykinson, Madrid, 2016, p. 842.

<sup>462</sup> La doctrina penalista ha considerado que “el término ilegal obliga a que ello se haga conculcando las normas administrativas al respecto, lo que parece una verdad de perogrullo, pues difícilmente tendrá cabida una conducta en el ámbito punitivo que sea respetuosa con los controles administrativos establecidos para ellas”, en MORILLAS CUEVA, L. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, cit. p. 842.

Por tanto, al ser un delito contra los derechos de las personas trabajadoras, al estudiar el tráfico ilegal de mano de obra debemos remitirnos a la normativa laboral, la cual nos conduce a considerar que son dos las posibles modalidades de la conducta típica objeto de análisis: la intermediación laboral vulnerando la prohibición de cobro a la persona trabajadora por los servicios de intermediación y la cesión ilegal de mano de obra.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia exige ánimo de lucro en el sujeto activo<sup>463</sup>, además de los requisitos de habitualidad<sup>464</sup> o continuidad<sup>465</sup>. No obstante, la mayor parte de los pronunciamientos judiciales considera que no es necesario el cumplimiento de dicha exigencia, en el entendimiento de que el hecho típico es el deseo de realizar la acción al margen de los mecanismos

---

<sup>463</sup> Algunos autores consideran que traficar implica en el sujeto activo un móvil económico, entienden que no implica ánimo de lucro ya que según argumentan, el significado gramatical de traficar legitima la identificación tanto con comerciar como con intermediar, pero, en esta segunda acepción que es la que entienden se adapta al tipo prohibido, su afectación negativa no depende del móvil del sujeto activo, en este sentido: BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho penal del trabajo*, 2ª Edición revisada, Trotta, Madrid, 1997, p. 84. Sin embargo, en nuestra opinión, el ánimo de lucro ha de entenderse como lucro a costa de la persona empleada, cobrando por los servicios de intermediación a la persona demandante de empleo. Supuesto prohibido como hemos visto por el ordenamiento laboral. Ciertamente, antes de la reforma laboral, el lucro era entendido de manera distinta por estar prohibido, de cualquier forma, sin embargo, actualmente, las agencias de intermediación pueden lucrarse siempre que no sea a costa de la persona trabajadora. Por ello, un sector de la doctrina sí entendía el lucro en el sujeto activo como requisito para la comisión del ilícito penal. Por ejemplo: CARBONELL MATEU, J. C. y GONZALEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en VIVES ANTON, T. S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 556. Por su parte, VALLE MUÑIZ, J. M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, p. 819, entienden que la concurrencia de ánimo de lucro no es preceptiva en los supuestos de cesión ilegal de mano de obra, siendo obligatoria en las infracciones de las normas de colocación, ya que la legislación laboral prohibía la existencia de agentes privados de colocación con ánimo de lucro. Sin embargo, como hemos visto, la regulación ha cambiado. Se permite el lucro, pero las nuevas tecnologías provocan, como hemos visto, que, de forma encubierta, quienes demanden empleo paguen a intermediarios para encontrar un puesto de trabajo o, se utilice la posibilidad de ceder trabajadores o realizar contrataciones como una vía empresarial para evitar la contratación de personal laboral no temporal.

<sup>464</sup> En contra de la exigencia de habitualidad, TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Delitos contra el orden socioeconómico”, en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.), *Derecho Penal parte especial (Derecho Penal económico)*, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo IV, 1ª ed, Iustel, Madrid, 2012, p. 245.

<sup>465</sup> Precisa, en esta línea, la SAP Barcelona de 15- de diciembre de 1998, cit., que “Ha de señalarse que el tráfico ilegal de mano de obra ha sido igualmente tipificado en el vigente Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL\1996\777), en su art. 312.1, sin exigirse que de ello resulte perjuicio alguno para el trabajador”.

legales, no implicando necesariamente ánimo de lucrarse<sup>466</sup>, ya que este ánimo no se desprende del tipo penal. Opinión que no comparto, pues, a mi juicio, para diferenciar la infracción administrativa del tipo penal debe concurrir algún plus de antijuridicidad, siendo uno de los factores determinantes de la existencia de dicho “plus”, el ánimo lucrativo del traficante a costa de la persona empleada<sup>467</sup> o en fraude a la Seguridad Social. Ciertamente, como hemos analizado, actualmente se permite el lucro por parte de los agentes de intermediación, pero se prohíbe que dicho lucro proceda de la persona empleada, bien mediante el descuento de una parte de su salario bien mediante el pago inicial al mediador para que este le encuentre un puesto de trabajo. Por ello, en nuestra opinión, el lucro ha de ser un elemento que ha de tenerse en cuenta a la hora de sancionar penalmente.

El Tribunal Supremo, por su parte, considera, como hemos visto, que el bien jurídico protegido lo constituye un conjunto de intereses concretos y generales, que se infieren del Título XV, protegiéndose la relación laboral y sus condiciones, y sancionándose aquellas conductas que atentan contra la persona empleada; de este modo, el centro de la conducta lo constituiría la explotación de la persona trabajadora<sup>468</sup>. Ahora bien, desde mi punto de vista, esta interpretación más que aclarar el precepto lo oscurece, pues dificulta la distinción con el supuesto de hecho contemplado en el art. 177 bis CP, antes mencionado, referido a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral<sup>469</sup>.

---

<sup>466</sup> En este sentido, la SAP Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17) señala que “basta la realización del acto prohibido potencialmente lesivo para los derechos de los trabajadores para que nazca el delito, sin que en ninguno de los dos supuestos se exija como elemento subjetivo del injusto la concurrencia del ánimo de lucro”.

<sup>467</sup> En este sentido, SAP Madrid de 8 de enero de 2008 (ARP\2008\239).

<sup>468</sup> Sobre el particular, concreta la STS de 10 de marzo de 2005 (RJ\2005\4045), que “Es doctrina de esta Sala que el bien jurídico protegido, como se infiere del epígrafe del título, está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores ( STS 30 de junio de 2000 [ RJ 2000, 6081] ), con independencia de que el contrato de trabajo sea válido o nulo y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal (Cfr. Sentencias 995/2000, de 30 de junio y 2205/2002, de 30 de enero de 2003). Igualmente tiene declarado esta Sala que el elemento central de esta conducta delictiva lo constituye la explotación del trabajador (Cfr. Sentencia 995/2000, de 30 de junio)”.

<sup>469</sup> Parece una interpretación que, años después será introducida en el CP italiano mediante el art. 603 bis sobre intermediación ilegal y explotación laboral, que establece que “salvo que el

Asimismo, el peligro abstracto se convierte en un peligro efectivo, de resultado, que se materializa en la persona empleada al ser explotada, interpretación que no compartimos, ya que, en nuestra opinión, se materializa cuando la persona empleadora, real o no, lleva a cabo las infracciones laborales descritas en materia de intermediación laboral o de cesión de mano de obra, de forma habitual o continuada, sobre una pluralidad de sujetos, afectando a los derechos laborales de la persona empleada y al interés del Estado en controlar el mercado laboral para evitar su perturbación.

En cuanto a la naturaleza colectiva del bien jurídico, la SAP de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 (ARP\2006\100), deduce las siguientes

---

hecho constituya un delito más grave, se castigará con penas privativas de libertad de uno a seis años y multas de 500 a 1.000 euros por cada trabajador reclutado, cualquiera que:

1) contrata mano de obra para que trabaje con terceros en condiciones de explotación, aprovechando las necesidades de los trabajadores;

2) emplea, emplea o emplea mano de obra, incluso mediante la actividad de corretaje mencionada en el número 1), sometiendo a los trabajadores a condiciones de explotación y aprovechando su necesidad.

Si los hechos se cometen por medio de violencia o amenaza, se aplica la pena de prisión de cinco a ocho años y la multa de 1.000 a 2.000 euros por cada trabajador reclutado.

A efectos del presente artículo, la existencia de una o varias de las siguientes condiciones constituirá un indicador de explotación:

1) el pago reiterado de salarios que difieran claramente de los convenios colectivos nacionales o territoriales celebrados por las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional; o en cualquier caso desproporcionado en relación con la cantidad y calidad del trabajo realizado;

2) la violación reiterada de la normativa relativa al tiempo de trabajo, a los períodos de descanso, al descanso semanal, a la licencia obligatoria, a las vacaciones;

3) la existencia de infracciones de las normas en materia de seguridad e higiene en los lugares de trabajo;

4) el sometimiento del trabajador a condiciones de trabajo, a métodos de vigilancia o a situaciones de alojamiento degradantes.

Constituyen agravantes específicos e implican el aumento de la pena de un tercio a la mitad:

1) el hecho de que el número de trabajadores contratados sea superior a tres;

2) el hecho de que una o varias de las personas reclutadas sean menores en edad no laboral;

3) el hecho de haber cometido el hecho exponiendo a los trabajadores explotados a situaciones de grave peligro, teniendo en cuenta las características de las prestaciones que deben realizarse y de las condiciones de trabajo”.

consecuencias: *“a) Es indiferente el número de personas afectadas por el tráfico ya que se apreciará un único delito; b) el bien jurídico es irrenunciable y no disponible, de manera que el consentimiento prestado por quien consiente ser objeto del tráfico es irrelevante; por último, c) es posible el establecer concursos entre este delito y otros delitos que lesionen bienes jurídicos individuales”*.

La sentencia aludida defiende que, al tratarse de un delito de peligro abstracto, la consumación se produce por la realización de la conducta antijurídica, sin que sea necesaria la acreditación de la existencia de perjuicio alguno para el sujeto pasivo. Esta línea es la seguida también por la AP de Madrid, en su sentencia de 8 de enero de 2008 (ARP\2008\239), que defiende que el hecho típico es contratar al margen de los mecanismos legales establecidos, así como la cesión ilegal de personas trabajadoras, y que esta conducta será penalmente antijurídica, cuando se dé un plus, considerando que este plus de antijuridicidad lo da el ánimo de lucro y la continuidad o habitualidad en el sujeto activo. No se considera, pues, la explotación un elemento determinante del tipo, interpretación que comparto.

Esta postura de la explotación como elemento central, es comprensible contextualizándola, ya que el art. 177 bis CP fue introducido en el año 2010; con anterioridad, para castigar el tráfico de personas es razonable que se recurriera a este precepto, pero, tras esa fecha, al existir un delito que regula específicamente la trata de seres humanos, se debe revisar la interpretación que se realiza del art. 312.1 CP.

En la línea marcada por el Tribunal Supremo, se pronuncian algunas Audiencias Provinciales. Así, a título de ejemplo, en la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 3 de febrero de 2009, se intenta aclarar esta cuestión, aunque manteniendo el hecho de la explotación de la persona empleada como diferencia de la infracción administrativa, señalando que *“no toda restricción de los derechos de los trabajadores puede ser considerado como un tráfico ilegal de mano de obra, sino solo aquellas restricciones que, por su naturaleza y trascendencia, constituyen una explotación del trabajador, entendiéndose por tal la imposición de unas condiciones de trabajo, totalmente abusivas, como son, y sin ánimo exhaustivo, la fijación de un salario muy por debajo del que pudiera*



*corresponderle, una jornada excesivamente larga, o bien otras condiciones laborales que afecten a la dignidad de la persona trabajadora”.*

Sin embargo, la doctrina científica mayoritaria considera que por tráfico ilegal de mano de obra debe entenderse tanto la colocación laboral al margen de los mecanismos legales, como la cesión ilegal de mano de obra<sup>470</sup>. En este mismo sentido se expresa la Audiencia Provincial de Huelva en su sentencia de 22 de mayo de 2004<sup>471</sup>. Asimismo, la jurisprudencia señala que nos encontramos ante un delito abstracto, que no requiere que se materialice el abuso o lesión en la persona empleada, elemento que sí es necesario en el art. 312.2 CP.

Como hemos visto, el supuesto de hecho integra dos infracciones laborales distintas, la colocación irregular de personas trabajadoras y la cesión ilegal de mano de obra, que analizaremos a continuación.

## **2.4 Análisis jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas del tipo**

Analizamos en este apartado algunas de las sentencias más destacadas, en cuanto al tráfico ilegal de mano de obra se refiere, para intentar concretar cuál es la posición del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, en la materia.

Comenzaremos analizando la STS 143/1998, de 5 febrero, teniendo presente que la misma aplica el anterior Código Penal de 1973, donde el único

---

<sup>470</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 349 y en ese sentido, MORILLAS CUEVA, L. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en COBO DEL ROSAL, M.,(coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 677.

<sup>471</sup> SAP de Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17) “El tráfico ilegal de mano de obra se halla así actualmente tipificado en el art. 312.1 del Código Penal, como un delito distinto e independiente de los relativos a las migraciones laborales fraudulentas o clandestinas, considerando esta Sala, siguiendo la doctrina científica más autorizada, que lo que dicho precepto sanciona es la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro –únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas”.

artículo que trataba sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo era el art. 499 bis, dentro del Título XII, Capítulo VIII.

Este artículo, del que cabe destacar su redacción, en nuestra opinión, más clara que la actual, establecía lo que sigue:

*“Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas:*

*1.º El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales.*

*2.º El que por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales.*

*3.º El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra e intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador”.*

Debemos apuntar que, en el vigente CP, el supuesto contemplado en el apartado segundo no se encuentra tipificado expresamente, y el recogido en el apartado tercero, está tipificado en los actuales arts. 312.1 y 313.1 CP. Considera la doctrina que el apartado segundo se encuentra subsumido dentro del art. 312.1 CP.

La mencionada sentencia resuelve un recurso en el que se alega la aplicación inadecuada del art. 499 bis, párrafo tercero, CP de 1973. Los acusados, de origen dominicano, se dedicaban a traer personas de humildes extractos sociales de su país; aprovechándose de ello, les ofrecían trabajo en España, además del viaje y la documentación pertinente, todo ello de forma fraudulenta. Al llegar a España, la situación era diferente para las mujeres pues, en palabras del Tribunal Supremo, *“reciben, con gran sorpresa, la noticia de que*

*debían trabajar en “Clubes de alterne”, para pagar la deuda que contraían con los acusados y, si se negaban, además de ser golpeadas, se les amenazaba con causar algún mal a sus familiares en República Dominicana.*

El Alto Tribunal entendió que el ánimo de lucro, aunque fuera la finalidad, no era elemento integrante del delito, al igual que tampoco lo era el perjuicio material que se pudiera irrogar al trabajador por estar este expresamente excluido del tipo. El Tribunal consideró que se protegía con la norma a las personas empleadas, cualquiera que fuese su nacionalidad, del riesgo abstracto que se podía producir, frente a la nueva forma de explotación que surgía a raíz de la nueva estructura económica mundial que favorece que unas personas se aprovechen de la desigualdad entre países ricos y pobres, convirtiéndola en una fuente de ingresos.

Pero, en el Código Penal de 1973, el tráfico ilegal y la migración fraudulenta se tipificaban, como ya apuntamos, en el mismo supuesto (art. 499 bis 3º) y, separadamente, se contemplaba la cesión ilegal y la contratación al margen de los mecanismos legales (art. 499 bis 2º); por ello, el Tribunal Supremo entendía por migración fraudulenta, *“toda recluta y traslación ilegal o clandestina de mano de obra de un país a otro”, considerando que “el bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta -el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad personal- se viola gravemente cuando, como en el caso que nos ocupa, se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio una cantidad de dinero para ellos exorbitante, para que abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero en el que su condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad – téngase en cuenta que hablamos de un delito de riesgo abstracto- a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo mucho más desfavorables a las que tiene derecho en el país de recepción”.*

El propio Tribunal, en la sentencia comentada, señala que los arts. 312 y 313 del nuevo Código Penal, ofrecen una regulación más detallada y rigurosa que el art. 499 bis 3º del CP derogado, lo cual, en mi opinión, y, a la vista de los resultados, no parece que sea ni tan clara ni tan rigurosa, pues, para empezar,

la actual redacción no recoge de forma expresa en ningún artículo lo contemplado en el apartado segundo del art. 499 bis (cesión ilegal) sino que se entiende que está subsumido dentro del supuesto de hecho del 312.1 CP, como veremos más adelante. Ni tampoco establece los límites entre la infracción administrativa y el tipo penal.

En el año 2004, la Audiencia Provincial de Huelva, en sentencia núm. 134/2004 de 22 mayo, juzga los hechos realizados por dos individuos que traían personas desde Rumanía a España facilitándoles documentación falsa de residencia y trabajo, un puesto de trabajo y un lugar para vivir. Por estos servicios y el desplazamiento hasta España, les cobraban un precio. Los hechos, como se puede apreciar, son similares al caso anteriormente analizado. Para cobrar la deuda que contraían, obligaban a los ciudadanos rumanos a dar, a las empresas donde los colocaban, los números de cuenta de los acusados, los cuales, cobraban de ahí la deuda y entregaban una parte a los ciudadanos rumanos.

A los acusados se les atribuyen, por los hechos realizados, los delitos de extorsión, falsedad de documento oficial, inmigración clandestina y tráfico ilegal de mano de obra.

La Audiencia, en la citada sentencia, al analizar el delito de favorecimiento de tráfico ilegal de personas, precisa que el tráfico ilegal de mano de obra es un delito distinto e independiente de los relativos a las migraciones fraudulentas o clandestinas, y para establecer qué es, sigue la *“doctrina científica más autorizada”* y dispone que este precepto sanciona *“la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro – únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas”*. Y esto se debe a que el actual CP no tipifica ningún delito que sancione la cesión

ilegal de trabajadores, a diferencia del CP de 1973, aunque sí contiene artículos que sancionan las migraciones fraudulentas o clandestinas, la trata de personas con fines de explotación laboral, etc.

Además, la Audiencia Provincial de Huelva, en la sentencia examinada, sigue la línea del delito abstracto, que no requiere para la consumación del delito la existencia, real y efectiva, para la persona empleada, de un perjuicio, sino que exige, para que nazca el delito, un potencial riesgo lesivo para los derechos de los trabajadores o trabajadoras. Y en la misma línea, señala que el supuesto tampoco requiere ánimo de lucro, lo que como ya se adelantó, parece cuestionable. Cabría preguntarse, qué sentido tiene que se realice al margen de los mecanismos legales establecidos, si no se persigue ánimo de lucro. Si se actúa al margen de la legalidad vigente, parece claro que el principal fin ilícito perseguido es el enriquecimiento de aquellas personas que realizan estos actos de tráfico o mediación.

La Audiencia Provincial de Huelva, finalmente, consideró que los acusados habían realizado la conducta prevista en el art. 312.1 CP, pues habían ejecutado tareas de colocación ilegal de mano de obra. Esta sentencia fue recurrida en casación.

El Tribunal Supremo dictó sentencia el 10 de marzo de 2005; en la misma se recurría a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que define traficar como comerciar y negociar. Continúa señalando el Alto Tribunal que para que se dé el ilícito del 312.1 CP, se requiere que dicha acción sea ilegal y se refiera a mano de obra. Sin duda, el término ilegal no añade nada si se considera objeto del tráfico la mano de obra, es decir personas, con las que no se puede comerciar ni negociar; esto sería reducir a la persona a un simple objeto, despojándola de todo derecho inherente al ser humano. Por tanto, para que adquiriera sentido el término ilegal en el tipo, lo ilegal es ese negocio o comercio, lo prohibido es la relación de mercado al margen de los mecanismos establecidos por ley para trasladar al personal laboral.

Recordemos que, en el supuesto analizado, los acusados sometían a trabajadores rumanos, cuya colocación facilitaban con documentación falsa, a una situación de explotación, siendo privados de las mínimas condiciones

salariales exigibles e irrenunciables, cobrando ellos directamente de la empresa y entregando una mínima parte a las personas empleadas, lo que para el Tribunal constituye una *“manifestación de comercio y tráfico de mano de obra ajena, incuestionablemente ilegal, haciendo funciones de oficina de colocación, enriqueciéndose con la mano de obra de los trabajadores a los que explotaban”*.

El Tribunal, a la vista de estos hechos, expresa lo siguiente: *“Es doctrina de esta Sala que el bien jurídico protegido, como se infiere del epígrafe del título, está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores (STS 30 de junio de 2000 [ RJ 2000, 6081]), con independencia de que el contrato de trabajo sea válido o nulo y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal (Cfr. Sentencias 995/2000, de 30 de junio y 2205/2002, de 30 de enero de 2003). Igualmente tiene declarado esta Sala que el elemento central de esta conducta delictiva lo constituye la explotación del trabajador (Cfr. Sentencia 995/2000, de 30 de junio)”*.

Se protege, en fin, que la relación laboral esté libre o exenta de daño, sancionando determinadas conductas que afectan a los derechos y condiciones laborales de las personas empleadas.

Acaba señalando el Alto Tribunal que, en la conducta delictiva, el elemento central es la explotación de la persona trabajadora. Ahora bien, si el verbo central del tipo, como vimos, es traficar, y ello, como precisa la sala, es comerciar o negociar, no se entiende que la conducta delictiva sea explotar a la persona trabajadora, cuando la Sala reconoce que la acción llevada a cabo por los acusados es actuar como oficina de colocación al margen de la normativa legal, dañando no sólo la relación de mercado laboral sino también los derechos salariales de las personas empleadas entre otros derechos y condiciones laborales.

De otro lado, cabría observar que, si se estima que se están imponiendo unas condiciones laborales abusivas a la persona trabajadora, se debe acudir al art. 311.1 CP<sup>472</sup>, y para el tráfico con fines de explotación laboral, al 177 bis CP.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia núm. 53/2009 (ARP\2009\335), continua la línea establecida por el Tribunal Supremo, reflexionando que *“no toda restricción de los derechos de los trabajadores puede ser considerado como un tráfico ilegal de mano de obra, sino solo aquellas restricciones que, por su naturaleza y trascendencia, constituyen una explotación del trabajador, entendiendo por tal la imposición de unas condiciones de trabajo, totalmente abusivas, como son, y sin ánimo exhaustivo, la fijación de un salario muy por debajo del que pudiera corresponderle, una jornada excesivamente larga, o bien otras condiciones laborales que afecten a la dignidad de la persona trabajadora”*<sup>473</sup>.

La Audiencia Provincial de Barcelona interpreta lo que constituye explotación de la persona empleada identificando, acertadamente, que un salario muy inferior al que corresponde es explotación. No obstante, consideramos que la Audiencia Provincial de Barcelona se equivoca al identificar traficar con mano de obra con la trata para la explotación laboral. La Audiencia Provincial de Barcelona señala que percibir un salario muy inferior puede ser explotación. No obstante, debemos atender al caso concreto ya que una cosa es no aplicar la subida salarial contemplada en el convenio colectivo o no pagar un determinado complemento salarial, y otra muy distinta, es fijar un salario de cien, doscientos o trescientos euros al mes por trabajar 16 horas diarias siete días a la semana, cuando el salario mínimo interprofesional se sitúa actualmente en los 900 euros/mes<sup>474</sup>, y la jornada máxima ordinaria es de cuarenta horas semanales de

---

<sup>472</sup> “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”.

<sup>473</sup> En este sentido: Auto AP Cuenca núm. 203/2011 de 27 de septiembre (JUR\2011\372483)

<sup>474</sup> Véase, el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019. Cada año el Gobierno, tras consultar con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, fija el «Salario Mínimo Interprofesional», tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así

promedio en cómputo anual. Desde mi punto de vista, igual interpretación merece la consideración de una jornada excesivamente larga como explotación ya que el término excesivo es jurídicamente indeterminado, y susceptible de interpretación y esto, por tanto, puede variar según el intérprete. Debemos atender, como se mencionó anteriormente, al caso concreto para identificar si nos encontramos ante una infracción administrativo-laboral por inaplicación de ciertas condiciones laborales establecidas normativamente, o ante un delito de explotación laboral. A nuestro juicio, a lo que hace referencia la sentencia es a un supuesto de “semiesclavitud” o directamente de “esclavitud” contemplado en el art. 177 bis CP y no de tráfico ilegal de mano de obra del 312.1 CP. Y, en fin, igual de indeterminado es ese “cajón de sastre” en el que se pueden incluir aquellas condiciones laborales que afecten a la dignidad de la persona trabajadora, pues otros artículos del CP se encargan de la discriminación hacia la persona trabajadora que afecte a su dignidad como persona, como es el caso del art. 314 CP<sup>475</sup>. Sin duda, estas imprecisiones son producto de una técnica legislativa inadecuada.

### **3. Delimitación del tráfico ilegal de mano de obra del 312.1 del Código Penal y la trata de seres humanos con fin de explotación laboral del 177 bis del Código Penal**

#### **3.1 Marco general**

La trata de seres humanos es considerada la esclavitud del siglo XXI, por su rentabilidad para las organizaciones criminales, que actúan en un mundo

---

como para los empleados de hogar. Para ello, tiene en cuenta el Índice de Precios de Consumo, la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general (RDL. 3/2004; RD.LG. 2/2015, art. 27; RDL. 20/2017 disp. adic. Única; R.D. 1462/2018; R.D.L 28/2018, art.12).

<sup>475</sup>Art. 314 CP “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.



cada vez más globalizado. Es difícil saber exactamente el número de personas afectadas, pero según la Organización Internacional de las Migraciones se calcula que en torno a un millón de personas son engañadas, vendidas o sometidas a condiciones semejantes a la esclavitud<sup>476</sup>. La demanda de mano de obra barata, de servicios sexuales y de ciertas actividades delictivas son las causas originarias de la trata de personas que, ante la falta de oportunidades y recursos, así como de poder social, contribuyen a este fenómeno.

Ante este fenómeno mundial, los organismos internacionales han ido paulatinamente aprobando normas para dar respuesta al problema. Cabe destacar, en primer lugar, el Convenio para la eliminación de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 1948 con entrada en vigor el 25 de julio de 1951; y, más recientemente, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. En este Protocolo ES donde se establece, concretamente, en el art. 3.a), la definición de trata de seres humanos<sup>477</sup>. En el marco de la Unión Europea, se aprobó la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Posteriormente, nuestro ordenamiento jurídico tipificó, en el art. 177 bis CP, el delito de trata de seres humanos. Antes de la incorporación del citado precepto, la trata era perseguida a través de otros tipos, como el 312.1 CP, relativo al tráfico ilegal de mano de obra, circunstancia que ha provocado una interpretación inapropiada del mismo.

---

<sup>476</sup> Véase <https://www.iom.int/es/lucha-contra-la-trata-de-personas>, consultada el 5 de octubre de 2017.

<sup>477</sup> El art. 3. a) establece: “Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”.

### 3.2 Aproximación a los tipos penales: especial referencia a las conductas típicas

Como ya se ha señalado, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, recoge, en el Título XV del Libro II (arts. 311-318), los “delitos contra los derechos de los trabajadores”. El Código describe actos o incumplimientos del ámbito laboral que, por su trascendencia, merecen la reacción por parte de la jurisdicción penal; sin embargo, no se delimitan claramente los tipos delictivos contemplados.

En el ámbito laboral encontramos una amplia normativa protectora de los derechos de las personas asalariadas; ahora bien, la violación de alguno de estos derechos es, por su especial relevancia, sancionada por la jurisdicción penal. El Derecho Penal, como avanzamos, ha de ser el último recurso utilizado a falta de otros medios menos lesivos, teniendo presente los principios de ofensividad y lesividad. Indubitablemente, como se ha venido señalando a lo largo de la investigación, el Derecho Penal ha de ser supletorio del Derecho sancionador laboral, interviniendo únicamente en los supuestos en los que los derechos de las personas empleadas son gravemente afectados<sup>478</sup>. El Derecho Penal interviene mínimamente, buscando el interés social con el menor coste<sup>479</sup>. En esta investigación nos centramos en el delito de tráfico ilegal de mano de obra, que persigue la colocación irregular de mano de obra y la cesión ilegal de mano de obra, diferente del delito de migraciones fraudulentas o clandestinas y del de trata de seres humanos.

La trata de seres humanos se encuentra tipificada en el Título VII bis del Código Penal “De la trata de seres humanos”, que contempla un solo precepto, el art. 177 bis CP, que establece una pena de prisión de cinco a ocho años para quienes capten, transporten, trasladen, acogieren, reciban personas nacionales

---

<sup>478</sup> En este sentido, SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931): “La represión penal ha de venir reservada para aquellos supuestos de tráfico ilegal que, por ser más intolerables, merecen un reproche superior a la mera sanción administrativa, y que indiscutiblemente se nos presentarán no como conductas aisladas sino más o menos habituales y, en todo caso, lucrativas”.

<sup>479</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal (parte general)*, cit., p. 127, advierte que “el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”. En el mismo sentido, SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931).

o extranjeros, en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posea el control sobre la víctima, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, para la imposición de trabajos forzados, la esclavitud o prácticas similares, o la explotación sexual, incluida la pornografía, o para realizar actividades delictivas, o la extracción de sus órganos corporales, o la celebración de matrimonios forzados. Para la realización del análisis comparativo, nos centraremos en la trata con la finalidad de explotación laboral (177 bis 1, a) CP).

En primer lugar, debemos señalar que en ambos tipos nos encontramos ante un sujeto activo indeterminado, ya que el legislador se refiere a: “*los que trafiquen de manera ilegal*”, en el delito de tráfico ilegal de mano de obra; y, al “*reo de trata de seres humanos*”, en referencia a la trata de seres humanos. Conviene que nos preguntemos si se trata de delitos que solo pueden ser cometidos por determinadas personas, o si, por el contrario, pueden ser llevados a cabo por cualquier sujeto.

El legislador no especificó que el sujeto activo fuese exclusivamente el empresario o empleador sino que puede ser cualquier persona (así, en el delito de tráfico ilegal de mano de obra, tanto un particular que actúa como intermediario entre el empresario y el trabajador, como un empresario que acuerda con otro cederle mano de obra a cambio de un precio); y, aunque en la mayoría de los casos, pueda ser un empresario por tratarse de un delito contra los derechos de las personas trabajadoras, no siempre será así<sup>480</sup>. No obstante, un sector de la doctrina considera que el tráfico ilegal de mano de obra se trata de un delito especial que solo puede ser cometido por el empleador o

---

<sup>480</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 349: “Sujeto activo en este sentido puede serlo cualquiera que trafique con mano de obra. No se requiere, pues, que sea empresario”; y, VILLACAMPA ESTIARTE, C. “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 1154.

empresario<sup>481</sup>. En la trata se protege la dignidad e integridad de la persona y no la indemnidad de la relación laboral donde, a priori, solo actuarían la persona empleada y la empleadora, por lo que el sujeto activo puede ser cualquiera.

El legislador podía haber actuado de forma más eficaz y clara si hubiese especificado el sujeto activo del delito de tráfico ilegal de mano de obra, aunque no consideramos que esta imprecisión sea relevante ya que se puede recurrir a la legislación laboral que sí establece, concretamente en el art. 2 LISOS, no dejándolo a la interpretación de la doctrina, los jueces y tribunales competentes. Asimismo, hacer uso de una lista cerrada y extensa, no considero que sea la mejor solución normativa en el orden penal. El mencionado precepto puede ser tomado como referencia para interpretar la norma penal, puesto que en él se precisa quiénes son sujetos responsables de la infracción laboral. En sentido estricto, en la relación laboral, se considera responsable al empresario (art. 2.1 LISOS); en los movimientos migratorios a “los transportistas, agentes consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan” en dichos movimientos (art. 2.4 LISOS); y respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros, a “los empresarios y trabajadores por cuenta propia” (art. 2.5 LISOS).

De otro lado, nos encontramos con el sujeto pasivo; en un primer momento, las resoluciones judiciales aplicaban un concepto estricto de trabajador para juzgar el delito de tráfico ilegal de mano de obra. Posteriormente, los pronunciamientos judiciales no consideraron como tal a las personas que trabajan, en su acepción jurídico laboral (aquellas que prestan su trabajo por cuenta ajena en virtud de una relación contractual reglamentada)<sup>482</sup>, pudiendo ser cualquier persona, ya que si se admitiese lo contrario equivaldría, en palabras del Tribunal Supremo, a “una invitación a los empleadores para la

---

<sup>481</sup> En este sentido: QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español (parte especial)*, cit., p. 863, el cual establece un paralelismo con el art. 311 CP, estableciendo que en ambos casos el sujeto activo es el empresario.

<sup>482</sup> En este sentido, entre otras, SAP de Huelva de 7 de noviembre de 2005 (ARP\2006\361).

contratación de inmigrantes ilegales en cualesquiera condiciones, porque no están sujetos a ninguna normativa”<sup>483</sup>.

Tras este breve análisis del sujeto activo y pasivo, es preciso concretar el supuesto de hecho para saber exactamente qué abarca, ya que la interpretación manifestada, en las sentencias, puede ocasionar un concurso ideal de delitos (un hecho constituye dos o más delitos) con la trata de seres humanos del art. 177 bis 1, a) CP, que tipifica la trata con fines de explotación laboral.

Traficar proviene del latín *transfigicare*, que, como vimos, significa cambiar de sitio y tiene como acepciones: comerciar, negociar con dinero y las mercancías; andar o errar por varios países, correr mundo; y también, hacer negocios no lícitos<sup>484</sup>. Por tanto, traficar con mano de obra requiere que dos o más sujetos acuerden comerciar, o hacer negocios ilícitos, con una cosa u objeto; en este caso, la cosa u objeto son personas trabajadoras. Por tanto, para la consumación del delito se requiere que la persona pase a prestar sus servicios a un tercero, producto de los actos del sujeto activo o de su mediación. Es una relación triangular donde se mercadea con el trabajo de las personas (que es indivisible de la persona y es el resultado de la actividad de la misma). Da igual la finalidad con la que se realice el acto, siempre será ilícito<sup>485</sup>. Nos interesan para el estudio que realizamos estas dos acepciones del término; comerciar y hacer negocios no lícitos, ya que las otras serían propias del art. 313.1 CP, que castiga las migraciones fraudulentas o clandestinas, que están relacionadas en parte con el art. 312.1 CP. Recuérdese que en el CP de 1973 se encontraban

---

<sup>483</sup> En esta línea, STS de 30 de junio de 2000 (RJ\2000\6081) y SAP Huelva de 7 de noviembre de 2005 (ARP\2006\361).

<sup>484</sup> <http://lema.rae.es/drae/>, 5 de junio de 2017.

<sup>485</sup> En este sentido, se pronuncia la SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP\1998\5931): “La represión penal ha de venir reservada para aquellos supuestos de tráfico ilegal que, por ser más intolerables, merecen un reproche superior a la mera sanción administrativa, y que indiscutiblemente se nos presentarán no como conductas aisladas sino más o menos habituales y, en todo caso, lucrativas pues, como también ha señalado parte de la doctrina, el término «traficar», que constituye el verbo nuclear del tipo penal, ha de entenderse en el sentido de comerciar, eso es, la actividad de mediación habitual no autorizada de contratos de trabajo presidida por un ánimo de lucro, quebrando el control administrativo, por lo que la conducta habrá de entenderse atípica cuando no se den las notas de habitualidad y de lucro”.

tipificados conjuntamente, en el art. 499 bis apartado 3º, los tipos penales ahora regulados en los arts. 312.1 y 313.1 del actual CP.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia exige ánimo de lucro en el sujeto activo -aunque este ánimo de lucrarse no tiene por qué afectar a los intereses de la persona trabajadora-, además de los requisitos de habitualidad<sup>486</sup> o continuidad<sup>487</sup>. No obstante, la mayor parte de los pronunciamientos judiciales considera que no es necesario el cumplimiento de dicha exigencia, en el entendimiento de que el hecho típico es el deseo de realizar la acción al margen de los mecanismos legales, sin que exista, necesariamente, ánimo de lucro<sup>488</sup>, ya que este ánimo no se desprende del tipo penal. Opinión que no comparto, pues, a mi juicio, para diferenciar la infracción administrativa del tipo penal debe concurrir algún plus de antijuridicidad, siendo uno de los factores determinantes de la existencia de dicho “plus”, el ánimo lucrativo del traficante<sup>489</sup>. Debemos entender el lucro a costa de la persona empleada que consistiría en el cobro por llevar a cabo la actividad laboral, en atención a los preceptos laborales examinados anteriormente.

El Tribunal Supremo, por su parte, considera que el bien jurídico protegido lo constituye un conjunto de intereses concretos y generales, que se infieren del Título en el que se encuentra ubicado este tipo en el Código Penal, protegiéndose la relación laboral y sus condiciones, y sancionándose aquellas conductas que atentan contra la persona empleada; de este modo, el centro de la conducta lo constituiría la explotación de la persona trabajadora<sup>490</sup>. Sin

---

<sup>486</sup> En contra de la exigencia de habitualidad: TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.), *Derecho Penal parte especial (Derecho Penal económico)*, Tomo IV, 1ª ed, Iustel, Madrid, 2012, p. 245.

<sup>487</sup> Precisa, en esta línea, la SAP Barcelona de 15- de diciembre de 1998, cit., que “Ha de señalarse que el tráfico ilegal de mano de obra ha sido igualmente tipificada en el vigente Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL\1996\777), en su art. 312.1, sin exigirse que de ello resulte perjuicio alguno para el trabajador”.

<sup>488</sup> En este sentido, la SAP Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17) señala que “basta la realización del acto prohibido potencialmente lesivo para los derechos de los trabajadores para que nazca el delito, sin que en ninguno de los dos supuestos se exija como elemento subjetivo del injusto la concurrencia del ánimo de lucro”.

<sup>489</sup> En este sentido, SAP Madrid de 8 de enero de 2008 (ARP\2008\239).

<sup>490</sup> Sobre el particular, concreta la STS de 10 de marzo de 2005 (RJ\2005\4045), que “Es doctrina de esta Sala que el bien jurídico protegido, como se infiere del epígrafe del título, está

embargo, esta interpretación no resulta apropiada, pues no permite marcar la diferencia con el supuesto de hecho del delito tipificado en el art. 177 bis 1, a) CP. Así mismo, desaparecería el peligro abstracto siendo un peligro efectivo, que se materializa en la persona empleada. En cuanto a la naturaleza colectiva del bien jurídico, la SAP de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 (ARP\2006\100), deduce las siguientes consecuencias: *“a) Es indiferente el número de personas afectadas por el tráfico ya que se apreciará un único delito; b) el bien jurídico es irrenunciable y no disponible, de manera que el consentimiento prestado por quien consiente ser objeto del tráfico es irrelevante; por último, c) es posible el establecer concursos entre este delito y otros delitos que lesionen bienes jurídicos individuales”*.

La sentencia aludida defiende que, al tratarse de un delito de peligro abstracto, la consumación se produce por la realización de la conducta antijurídica, sin que sea necesaria la acreditación de la existencia de perjuicio alguno para el sujeto pasivo. Esta línea es la seguida también por la AP de Madrid, en su sentencia de 8 de enero de 2008 (ARP\2008\239), que defiende que el hecho típico es contratar al margen de los mecanismos legales establecidos, así como la cesión ilegal de personas trabajadoras, y que esta conducta será penalmente antijurídica cuando exista un plus, considerando que este plus de antijuridicidad lo proporciona el ánimo de lucro y la continuidad o habitualidad en el sujeto activo. No se considera, pues, la explotación un elemento determinante del tipo, interpretación que comparto.

Esta postura de la explotación como elemento central es comprensible contextualizándola, ya que, como se ha mencionado, el art. 177 bis CP fue introducido en el año 2010; con anterioridad, para castigar el tráfico de personas es razonable que se recurriera a este precepto, pero una vez tipificado

---

constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores ( STS 30 de junio de 2000 [ RJ 2000, 6081] ), con independencia de que el contrato de trabajo sea válido o nulo y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal (Cfr. Sentencias 995/2000, de 30 de junio y 2205/2002, de 30 de enero de 2003). Igualmente tiene declarado esta Sala que el elemento central de esta conducta delictiva lo constituye la explotación del trabajador (Cfr. Sentencia 995/2000, de 30 de junio)”.

específicamente el delito de trata de seres humanos, es necesario revisar la interpretación que se realiza del art. 312.1 CP.

En la línea marcada por el Tribunal Supremo, se pronuncian algunas Audiencias Provinciales. Así, a título de ejemplo, en la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 3 de febrero de 2009, se intenta aclarar esta cuestión, aunque manteniendo el hecho de la explotación de la persona empleada como diferencia de la infracción administrativa, señalando que *“no toda restricción de los derechos de los trabajadores puede ser considerado como un tráfico ilegal de mano de obra, sino solo aquellas restricciones que, por su naturaleza y trascendencia, constituyen una explotación del trabajador, entendiendo por tal la imposición de unas condiciones de trabajo, totalmente abusivas, como son, y sin ánimo exhaustivo, la fijación de un salario muy por debajo del que pudiera corresponderle, una jornada excesivamente larga, o bien otras condiciones laborales que afecten a la dignidad de la persona trabajadora”*.

Sin embargo, la doctrina científica mayoritaria considera que se debe entender por tráfico ilegal de mano de obra tanto la colocación laboral al margen de los mecanismos legales, como la cesión ilegal de mano de obra<sup>491</sup>. En este mismo sentido se expresa la Audiencia Provincial de Huelva en su sentencia de 22 de mayo de 2004<sup>492</sup>. Asimismo, la jurisprudencia establece que nos encontramos ante un delito abstracto, que no requiere que se materialice el

---

<sup>491</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 349, y en ese sentido, MORILLAS CUEVA, L. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en COBO DEL ROSAL, M. (coord.) *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 677.

<sup>492</sup> SAP de Huelva de 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17) “El tráfico ilegal de mano de obra se halla así actualmente tipificado en el art. 312.1 del Código Penal, como un delito distinto e independiente de los relativos a las migraciones laborales fraudulentas o clandestinas, considerando esta Sala, siguiendo la doctrina científica más autorizada, que lo que dicho precepto sanciona es la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro –únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas”



abuso o lesión en la persona empleada, elemento que sí es necesario en el 177 bis CP<sup>493</sup>.

## **4. EL ESTADO ESPAÑOL ANTE EL EMPLEO IRREGULAR Y EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL**

### **4.1 Cuestiones generales**

España sufre todavía los efectos de una crisis económica-financiera iniciada en 2008 que no acaba de superarse (el paro en el tercer trimestre de 2019 alcanza el 13,92%, según el INE); en un entorno económico mundial globalizado, gran parte de las empresas descentralizaron su producción, lo que, sumado a los efectos de la aplicación de la reforma laboral de 2012, contribuye a la precarización de las condiciones laborales. En un contexto económico desfavorable con alta demanda de empleo de calidad, no es difícil la aparición de sujetos que se aprovechan de la situación en la que se encuentran quienes carecen de una fuente de ingresos estable, mediando para conseguirles un puesto de trabajo a cambio de una parte de su salario (tráfico ilegal de mano de obra) u ofreciendo un trabajo al margen de la legalidad vigente, . Consecuencia de ello es un aumento del empleo irregular que ocasiona graves efectos negativos en materia tributaria y de Seguridad Social, al afectar negativamente a las arcas del Estado, base del sostenimiento social de un país.

Ante el fenómeno cada vez mayor de las situaciones anteriormente mencionadas, el Consejo de Ministros de España aprobó el 27 de abril de 2012 el “Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, cuyo principal objetivo es acabar con los comportamientos que atentan contra los derechos de las personas empleadas, además de afectar negativamente a la competitividad de los empleadores que sí cumplen con la legalidad laboral. Mediante la aprobación del plan se pretendía intensificar las actuaciones que

---

<sup>493</sup> “Un delito de efectos permanentes que despliega su lesividad o dañosidad material durante todo el proceso de trata o recorrido de la acción, pero que se perfecciona desde el preciso instante en el que pueda verificarse que se doblegó la voluntad del sujeto pasivo” DAUNIS RODRIGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 90-91.

evitaran las conductas insolidarias e injustas, que repercuten sobre toda la sociedad.

Estas conductas defraudatorias producen un deterioro de los derechos laborales y sociales; la falta de alta en la Seguridad Social, a nivel individual, tiene efectos prestacionales negativos, a la vez que tensiona el conjunto de nuestro sistema de Seguridad Social, basado en el principio de reparto. El fraude reduce, ciertamente, los ingresos de las arcas estatales, que son el sustento del Estado de Bienestar, al tiempo que genera una situación de competencia desleal respecto de las empresas que observan la normativa laboral, tributaria y de Seguridad Social.

El Plan de 2012 se vio fortalecido el 30 de abril de 2013 con la firma del “Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”. Dicho convenio, en la cláusula primera, señala que tiene por objeto establecer un marco para mejorar la coordinación funcional y operativa entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (conformadas por el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil).

Tras la firma del Convenio, y continuando la línea de estrecha colaboración interministerial para luchar contra la lacra que supone el fraude y la delincuencia económica en la esfera de la Seguridad Social, se firmó, el 29 de abril de 2015, el Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la persecución del fraude y la delincuencia económica en el ámbito de la Seguridad Social y, el 15 de abril de 2019, el Convenio entre la Secretaría de Estado de Seguridad Social, la Dirección General de la Policía y la Dirección General de la Tesorería General de la

Seguridad Social para la persecución del fraude y la delincuencia económica en el ámbito de la Seguridad Social<sup>494495</sup>.

## **4.2 Órganos que intervienen en la lucha contra el tráfico ilegal de mano de obra y el empleo irregular**

### **4.2.1 La Inspección de Trabajo**

La función principal de la Inspección de Trabajo es vigilar que se cumpla la normativa social (ésta incluye tanto las leyes, como los reglamentos y el contenido normativo de los convenios colectivos), pudiendo levantar acta en caso de infracción y proponer en ella la sanción correspondiente.

Por tanto, la Inspección de Trabajo es la encargada de vigilar que se cumpla toda la normativa de la rama social del Derecho, actuando para dicha vigilancia, de oficio si se le encomienda por orden superior o por propia iniciativa, o a instancia de parte, ya sea por petición de otro órgano debiendo estar motivada dicha petición o por denuncia, que ha de ser pública, como establecen los arts. 20.3 y 20.4 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS) respectivamente, debiendo realizar sus actuaciones de acuerdo a lo previsto en la LISOS, en la Ley Orgánica

---

<sup>494</sup> En esta misma línea, véase la Resolución de 17 de julio de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre el Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (BOE de 1 de agosto de 2019).

<sup>495</sup> Previamente, el Consejo de Ministros de a el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018 había aprobado el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 (BOE de 28 de julio de 2018), el cual incluye un total de 75 medidas (55 operativas y 20 organizativas) para luchar contra el fraude, la precariedad laboral y erradicar las situaciones de abuso. Según señala su exposición de motivos, el Plan persigue “recuperar derechos laborales y mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo”, y al aproximarse a dicho objetivo, “se persigue paralelamente la consecución de otros dos: a) Por un lado, se refuerza la sostenibilidad presente y futura de nuestra Seguridad Social y de las prestaciones sociales. b) Por otro lado, se fortalece la competencia leal entre empresas en el mercado de trabajo, dirigiéndose el Plan contra aquellas que incumplen la normativa laboral y de Seguridad Social vigente”. Sobre la relevancia de los objetivos perseguidos también se señala que “el fraude es económicamente insostenible y socialmente injusto y provoca una merma en la competitividad y productividad de la economía española, atacando igualmente a los derechos fundamentales o básicos de los trabajadores”.

4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en las normas que las desarrollen (art. 20.1 LOSITSS).

Además, está capacitada para practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesaria, como puede ser pedir información, examinar la documentación, requerir la presencia de alguna persona entre otras cosas, pudiendo adoptar medidas cautelares para evitar posibles alteraciones en las pruebas (13.4 LOSITSS). Entre sus funciones está la de adoptar alguna de las medidas previstas en el art. 22 LOSITSS, entre las que se encuentran, “iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción o de infracción por obstrucción”; “comunicar al organismo competente los incumplimientos que compruebe en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento del empleo, formación profesional para el empleo y promoción social, e iniciar el correspondiente expediente de devolución de ayudas y subvenciones cuando proceda”; “proponer a su superior jerárquico la formulación de comunicaciones y demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”; “informar a los Servicios Públicos de Empleo a efectos del reconocimiento de acciones de orientación, capacitación y formación profesional para el empleo para los trabajadores en situación de trabajo no declarado, empleo irregular u otros incumplimientos detectados por la actividad inspectora, de acuerdo con la legislación aplicable”; o, llevar a cabo “cuantas otras medidas se deriven de la legislación en vigor”. Estas funciones las pueden desempeñar tanto los/as inspectores/as de empleo y seguridad social, como los/as subinspectores/as, que tienen la consideración de agentes de la autoridad, y tienen autorización para ejercitarlas.

Como ya se ha adelantado, la Inspección de Trabajo tiene la facultad de actuar mediante la incoación de actas, que dan origen al procedimiento sancionador. Entre los distintos tipos de acta que puede levantar la Inspección de Trabajo, están las que reflejan de forma más directa su función de control y vigilancia del ordenamiento laboral, como son las de advertencia e infracción<sup>496</sup>.

---

<sup>496</sup> Véase: ELORZA-GUERRERO, F. y MARÍN ALONSO, I., “El papel de la Inspección de Trabajo en la formalización del trabajo de los trabajadores de edad”, en El futuro del trabajo: cien años de la OIT: comunicaciones, Subdirección General de Información Administrativa y

En el acta de infracción, Inspección o Subinspección de Empleo y Seguridad Social, reflejará los hechos probados, además de la infracción cometida, expresándose el precepto o preceptos vulnerados y su calificación y, además, propondrá la sanción, su graduación y la cuantía (Arts.13.4 y 14.5 LOSITSS, Art. 53.1 LISOS).

Estos hechos que la Inspección de Trabajo constate y recoja en el acta, siguiendo los requisitos legales establecidos y arriba mencionados, gozarán de la presunción de certeza; no obstante, esta presunción es válida siempre y cuando la persona interesada no pruebe lo contrario y sin que ello afecte a sus derechos, como se desprende del art. 53.2 LISOS y, concretamente, en el art. 23 LOSITT<sup>497</sup>. Por tanto, la presunción *iuris tantum* prevalece siempre y cuando no se demuestre lo contrario, y pierde su “eficacia”, si los hechos en el acta contemplados, no son de apreciación directa o no se mencionan otras comprobaciones<sup>498</sup>, al igual que si no se respeta la normativa legal para su elaboración. Esta presunción, no se destruye por los testimonios de los trabajadores en contra de los hechos reflejados por la Inspección, como ha señalado la jurisprudencia<sup>499</sup>, pues estos se encuentran en situación de

---

Publicaciones, 2019; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., La inspección de trabajo frente al fraude en las prestaciones de seguridad social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2012.

<sup>497</sup> Art. 23 LOSITSS: “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.

No se verá afectada la presunción de certeza a que se refieren los párrafos anteriores por la sustitución del funcionario o funcionarios durante el periodo de la actuación inspectora, si bien se deberá comunicar en tiempo y forma a los interesados dicha sustitución antes de la finalización de aquella, en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

<sup>498</sup> SSTS Cont. Admva. de 5 de marzo de 1990 (RJ\1990\2017) y de 16 de febrero de 1994 (RJ\1994\4218).

<sup>499</sup> SSTS Cont. Admva. de 20 de abril (RJ\1995\3363) y de 27 de julio de 1995 (RJ\1995\6303).

dependencia respecto del empresario o empleador y puede ser lógico que nieguen los hechos.

Por tanto, la Inspección de Trabajo, de oficio o a instancia de parte, vigila el cumplimiento de la normativa laboral y si detecta alguna infracción, lo refleja a través del acta, iniciándose el proceso administrativo sancionador. Ahora bien, la Inspección de Trabajo se limita a proponer la posible sanción, pero no es quien sanciona; esa potestad le corresponde al Estado, el cual tiene varias vías para ejercitar la potestad sancionadora en función de los hechos probados, pudiendo hacerlo a través de los órganos judiciales, de los órganos administrativos, o de ambos. La Orden ESS/78/2014, de 20 de enero, por la que se crea la Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, prevé que corresponde a la Unidad Especial de la ITSS, en el ejercicio de sus funciones, la colaboración y auxilio en las tareas de inspección, coordinación, asesoramiento y apoyo necesarias, contra los delitos relacionados contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. A tal efecto, enviará cuando sea pertinente a los Juzgados, Tribunales y al Ministerio Fiscal, los informes con la documentación obtenida de dichas investigaciones procedentes de todas las unidades integrantes en el sistema de la ITSS. Además, la LOSITSS establece, en el art. 16, que “las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las demás entidades públicas, y quienes, en general, ejerzan funciones públicas, estarán obligados a suministrar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuantos datos, informes y antecedentes que tengan trascendencia en el ámbito de sus competencias, así como a prestarle la colaboración que le sea solicitada para el ejercicio de la función inspectora”.

El Código Penal tipifica algunos ilícitos laborales, que por su gravedad o relevancia han de ser sancionados penalmente, pero no toda infracción social ha de ser encauzada a través de este orden jurisdiccional, ni siquiera aquellos supuestos que aun pudiendo encuadrarse dentro de un tipo penal, como es la

cesión ilegal de personas trabajadoras, no alcanzan un grado suficientemente lesivo para ser por este procedimiento, más lento que el administrativo; por otro lado, no debe olvidarse el carácter de *última* o *extrema ratio* que posee el Derecho Penal, que sólo debe actuar si las otras vías no pueden hacer frente a los hechos que se contemplan.

En definitiva, la Administración Laboral ha sido dotada de potestad sancionadora (respetando los límites de no restringir derechos o privar de libertad) para hacer frente de una forma más eficaz y rápida a la variedad de conductas ilícitas que se dan en el ámbito laboral, sin perjuicio de que las decisiones adoptadas por la Administración puedan ser revisadas por los órganos judiciales competentes.

#### **4.2.2 El Ministerio Fiscal**

El Art. 3.2 LISOS establece, en el supuesto de concurrencia del orden laboral con el orden jurisdiccional penal, que la Administración pasa el tanto de culpa al juzgado o tribunal competente o al Ministerio Fiscal, absteniéndose de continuar el proceso hasta que se dicte resolución judicial o el Ministerio Fiscal determine que no da lugar el inicio del procedimiento.

Por tanto, el Ministerio Fiscal tiene la capacidad para determinar si existe o no ilícito penal y ha de ser este órgano, a través del fiscal especialista, el que determine las actuaciones a realizar. Actualmente, las causas por el delito tipificado en el artículo 312 CP son llevadas a cabo por la Fiscalía de Extranjería, lo que parece poco adecuado, ya que el 312.1 CP es un delito contra las personas trabajadoras en general, sin distinción entre nacionales y extranjeras, y es en el segundo apartado de dicho artículo donde se hace referencia a “súbditos extranjeros sin permiso de trabajo”.

El Art. 312.1 CP protege la relación laboral, y el Tribunal Supremo señala que el centro de la acción antijurídica es la explotación laboral, lo que incluye aquellos supuestos en los que, concertado un contrato que podría ser válido, se realiza al margen de los mecanismos legales de contratación y, además, se ocasiona un grave perjuicio a la persona trabajadora (explotación). Se precisa, al respecto, en la SAP Huelva del 22 de mayo de 2004 (ARP\2005\17) lo que sigue:

*“El tráfico ilegal de mano de obra se halla así actualmente tipificado en el artículo 312.1 del Código Penal, como un delito distinto e independiente de los relativos a las migraciones laborales fraudulentas o clandestinas, considerando esta Sala, siguiendo la doctrina científica más autorizada, que lo que dicho precepto sanciona es la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro –únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral– y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas. No cabe duda de que los delitos tipificados en el artículo 312.1 y en el artículo 313.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) se hallan relacionados, toda vez que en ambos, junto al interés colectivo –representado, en el primer caso, por el interés del Estado en controlar el mercado de trabajo y en el segundo, además, de controlar los fenómenos migratorios– se protegen los derechos de los trabajadores –tanto económicos como los relativos a su libertad, seguridad y dignidad– como colectivos, no exigiéndose para la consumación de ninguno de esos delitos de existencia de un real y efectivo perjuicio para el trabajador, de ahí que se trate de delitos de riesgo abstracto, en los que basta la realización del acto prohibido –la colocación ilegal del trabajador o la colaboración en su traslado a España o a otro país pasando por España– potencialmente lesivo para los derechos de los trabajadores para que nazca el delito, sin que en ninguno de los dos supuestos se exija como elemento subjetivo del injusto la concurrencia del ánimo de lucro, diferenciándose uno y otro supuesto por razón de la distinta conducta prevista en uno y otro”.*

El Tribunal Supremo señaló en la Sentencia de 10 de marzo de 2005, y mantiene actualmente, que el centro de la conducta es la explotación de la persona trabajadora, con la que se trafica de forma ilegal, cuestión que no se corresponde con la interpretación de la doctrina, para la cual, acertadamente, la explotación no se incluye en el supuesto de hecho del tipo penal y, por tanto, no



se debe entender que se exija un perjuicio para la persona empleada. Si así fuera, no habría diferencia entre este delito y el 177 bis CP.

Aunque se venía enjuiciando por esta vía el tráfico de personas, tras introducirse el Art. 177 bis CP en el año 2010, mediante los apartados trigésimo noveno y cuadragésimo del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, no hay razón para que estos delitos se sigan incluyendo en este tipo; además, se debería revisar la jurisprudencia establecida por el TS que alude a la explotación laboral como requisito del artículo 312 CP y se debería continuar en la línea SAP Huelva de 22 de mayo, pero matizando ciertos aspectos, como se indica en la SAP Tarragona de 3 de noviembre de 2014; la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 3 de febrero de 2009 utiliza una interpretación excesivamente amplia al identificar traficar con explotar<sup>500</sup>.

Al analizar los anuarios del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, estos se refieren al Art. 312 CP como delito de explotación laboral, lo que parece inadecuado pues se protege la propia indemnidad de la relación laboral sin que se precise en el precepto que se cause perjuicio a la persona trabajadora. Cabe considerar el término inadecuado pues, básicamente, lo que se protege es el interés del Estado por controlar el buen funcionamiento del mercado laboral, impidiendo la contratación al margen de los mecanismos legalmente establecidos o la cesión ilegal de personas trabajadoras; el interés del Estado por preservar el buen funcionamiento del mercado laboral será el bien jurídico protegido, cuando del tráfico prohibido obtengan beneficios a costa de la persona trabajadora, en fraude a la Seguridad Social y/o evitando el control administrativo.

---

<sup>500</sup> Establece la SAP Barcelona de 3 de febrero de 2009 (ARP\2009\335) que “no toda restricción de los derechos de los trabajadores puede ser considerada como un tráfico ilegal de mano de obra, sino solo aquellas restricciones que, por su naturaleza y trascendencia, constituyen una explotación del trabajador, entendiéndose por tal la imposición de unas condiciones de trabajo, totalmente abusivas, como son, y sin ánimo exhaustivo, la fijación de un salario muy por debajo del que pudiera corresponderle, una jornada excesivamente larga, o bien otras condiciones laborales que afecten a la dignidad de la persona trabajadora”.

El delito es distinto y autónomo del delito de favorecimiento de inmigración clandestina del 318 bis CP<sup>501</sup>. Por ello, debería existir una Fiscalía laboral, la cual integrase la ya existente de siniestralidad laboral. Esta nueva fiscalía especialista se encargaría de proteger y luchar contra los delitos que se cometan contra las personas empleadas. Así, se mejoraría la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social que protege la Ley 13/2012 de 26 de diciembre.

Por tanto, y retomando lo que se señaló al principio, la Inspección de Trabajo y la Administración laboral han de trabajar conjuntamente con el Ministerio Fiscal, siendo la Administración, una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador tras el levantamiento del acta de la Inspección, la que, en caso de detectar la posible existencia de ilícito penal, pase el tanto de culpa al Ministerio Fiscal para que éste continúe con el procedimiento penal si estimase que existe tal ilícito y sea el que coordine las actuaciones.

#### **4.2.3 Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: especial referencia a la Policía Judicial**

El tráfico ilegal de mano de obra constituye un delito contra los derechos de las personas trabajadoras; por lo tanto, se debe analizar qué órganos están encargados de asegurar el libre ejercicio de los derechos y libertades de las personas, así como de velar por su seguridad. Según el artículo 104 CE, una Ley Orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, los cuales estarán bajo la dependencia del Gobierno y tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Por lo tanto, es competencia de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad perseguir el tráfico ilegal de mano de obra.

La LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de seguridad, en su artículo 2, establece que estas estas conformadas por: las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación, los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas y los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.

---

<sup>501</sup> SAP Huelva de 22 de mayo de 2004, cit.

En lo que se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, estas ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por:

- El Cuerpo Nacional de Policía, que es un instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministerio del Interior, ejercitando sus funciones en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine.
- La Guardia Civil, que es un instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministerio del Interior en el desempeño de sus funciones que la LO 2/1986 le atribuye, ejerciéndolas donde el Cuerpo Nacional de Policía no ejerce las suyas y en el mar territorial, y del Ministerio de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomiende.

En el artículo 11 de la LO 2/86, se establecen las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, atribuyéndosele en el apartado g) la de “investigar los delitos para detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”.

- La Policía Judicial y sus unidades orgánicas

Señala el Art. 547 de la LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, que *“la función de la policía judicial competirá cuando fueren requeridos para prestarla a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias”*.

Las funciones generales son desempeñadas por todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la medida en que deben prestar la colaboración requerida por la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal (Art. 1 RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial).

De una manera amplia la doctrina autorizada la ha conceptualizado como *“aquella policía científica y especializada, compuesta por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, encargada de la investigación*

*técnica en la averiguación de los delitos y del descubrimiento y aseguramiento del delincuente, bajo los principios de especialidad y permanencia, todo ello bajo la estricta dependencia funcional de Magistrados, Jueces y Ministerio Fiscal”*<sup>502</sup>

Por su parte, en sentido estricto, constituyen la Policía Judicial las Unidades Orgánicas integradas por miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil (Art. 7 RD 769/1987).

La Policía Judicial dependerá funcionalmente, en la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, de los jueces y tribunales y del Ministerio Fiscal (Art. 8 RD 769/1987). Por ello, los funcionarios policiales comisionados por la autoridad judicial o Fiscal, para la práctica de alguna concreta investigación se atenderán, en el desarrollo de esta, a las órdenes y directrices que hubiesen recibido, sin que las instrucciones de carácter técnico que obtuvieren de sus superiores policiales inmediatos puedan contradecir las primeras. Así lo aclara también el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de octubre de 1999, donde se pronuncia a favor de la presencia de un deber de lealtad y colaboración de la Policía Judicial respecto a la autoridad judicial, por la cual, la autoridad policial tiene el deber de atender aquellas instrucciones que sean dictadas por los jueces y tribunales competentes. Cuando estas instrucciones no se cumplen, no sólo se apartan de este deber, sino que, además, incumplen el Art. 446 de la LO del Poder Judicial, que impone a la Policía Judicial el deber de actuar “bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales”.

La coordinación entre Autoridad Judicial, Ministerio Fiscal y Policía Judicial es imprescindible para dar una respuesta integral a las actuaciones que tienen encomendadas, debiendo, a su vez coordinarse con otros organismos.

---

<sup>502</sup> NAVAJAS RAMOS, L., “Policía judicial: composición, funciones y principios de actuación. Unidades orgánicas de la Policía Judicial: su dependencia funcional orgánica”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº. 13, 1999, pp. 117-156.

### **4.3 El Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, de 27 de abril de 2012**

El 27 de abril de 2012, el Gobierno de España, aprobó el Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, el cual tenía como principal objetivo actuar contra los comportamientos que atentan contra los derechos de las personas trabajadoras, y a las empresas que sufren los efectos de la competencia desleal generada por aquellas que no cumplen con sus obligaciones.

El Plan trata de luchar de forma general, contra:

- 1) El deterioro de los derechos laborales y sociales de las personas trabajadoras.
- 2) La disminución de los ingresos en el sistema de la seguridad social debido al fraude.
- 3) La competencia desleal que se genera hacia las empresas y personas trabajadoras autónomas que sí cumplen con las obligaciones legales.

En cuanto a los objetivos concretos, se propone:

- 1) Identificar las situaciones de economía sumergida, para regularizar dichas situaciones y generar con ello los recursos económicos al sistema.
- 2) Identificar y combatir, el acceso, obtención y disfrute indebido de las prestaciones; principalmente cuando se constituyen empresas ficticias con el único fin de defraudar.
- 3) Identificar supuestos de falta de alta en la seguridad social.<sup>503</sup>

El Plan incorpora, además, ciertas medidas<sup>504</sup> que han dado lugar a la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica

---

<sup>503</sup><http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/2012/refc20120427.htm#PlanFraude>, consultada el 6 de febrero de 2014.

<sup>504</sup> Actuaciones (Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social):

4ª La modificación del Código Penal delimitando nuevos supuestos de fraude en los que se ha verificado que la sanción administrativa no es suficientemente efectiva. Tal es el caso de empresas ficticias y talleres clandestinos. En esta línea se pretende la ampliación del período de

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, y a la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

Con las modificaciones introducidas, se han tipificado delitos e infracciones con sus correspondientes sanciones que antes, o bien no existían o no eran sancionados con la suficiente contundencia.

El Plan, entre sus líneas de actuación, persigue mejorar la cooperación entre los distintos órganos de la Administración y entre las administraciones públicas que están implicadas en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social<sup>505</sup>, contemplándose diferentes convenios para una adecuada coordinación.

---

prescripción de cinco a diez años de los supuestos delictivos más graves como, por ejemplo, las "empresas fantasma" sin actividad real que simulan relaciones laborales, con el único propósito de que los trabajadores obtengan una prestación pública. Por otra parte, se plantea la modificación del Código Penal para sancionar a aquellos que empleen simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en la Seguridad Social, o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo.

<sup>505</sup> Actuaciones (Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social):

3ª El refuerzo de los instrumentos de coordinación y colaboración de la Inspección de Trabajo con otros organismos competentes en materia de políticas laborales, sociales y de empleo.

- El Plan fija mecanismos de colaboración estable entre la Inspección y el Servicio Público de Empleo Estatal, el Fondo de Garantía Salarial, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social.

- Esta colaboración, que ya existe en otras materias como la prevención de riesgos laborales, se pretende extender a la lucha contra el empleo irregular a través del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, así como a las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

#### **4.3.1 El Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social de 2013**

El 30 de abril de 2013, se firmó el mencionado Convenio en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que sustituye y deja sin efecto a la Instrucción conjunta de las Subsecretarías del Ministerio del Interior, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Ministerio de Asuntos Sociales, sobre colaboración entre las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de 15 de febrero de 1994.

Como se señaló anteriormente, el Art. 3 de la Ley 13/2012, modifica el Art. 9 LIT, introduciendo en el apartado 6, la obligación de cooperar y prestar auxilio por parte de las FFCCSSEE a la ITSS en el desempeño de sus funciones mediante los mandos designados por la autoridad competente.

La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece en el Art. 11.1, que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tendrán la función de desempeñar cuantas actuaciones sean necesarias para velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones generales. De manera específica, investigarán los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurando los instrumentos, efectos y pruebas del delito y los pondrán a disposición del juez o tribunal competente. Asimismo, elaborarán los informes técnicos y periciales que proceda.

El convenio tiene como objeto establecer un marco para mejorar la coordinación, tanto funcional como operativa, entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las FFCCSSEE.

Anexo al convenio están las instrucciones para llevarlo a cabo, las cuales dejan sin efecto la Instrucción de 15 de febrero de 1994, para las Subsecretarías del Ministerio del Interior, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Ministerio de Asuntos Sociales, sobre colaboración entre las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La primera de las instrucciones se refiere al objeto de las mismas, que es el mismo que el del convenio, pero estableciendo ahora de forma específica, los supuestos objetos de la colaboración. Se destacará el quinto supuesto, que se refiere al “tráfico de personas y trata de seres humanos para su explotación laboral”.

La propia Instrucción conjunta establece, como supuestos diferentes, el tráfico de personas para su explotación laboral, la trata de personas para explotarlas y la explotación laboral, sin trata. A este respecto, cabe advertir que no es lo mismo traficar con personas para explotarlas o no, que sería el supuesto del Art. 312.1 CP y, la trata de personas para explotarlas laboralmente, que es el supuesto contemplado en el Art. 177 bis 1, apartado a) CP.

La Instrucción Segunda, es la que establece la coordinación operativa. La coordinación se realizará tanto a nivel central como periférico en todos aquellos aspectos y medidas que se adopten como consecuencia de la instrucción. A nivel central, se designarán dos mandos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y dos responsables de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los cuales serán designados respectivamente, por el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario de Empleo y Seguridad Social. Estas personas que se designen, serán las encargadas de la coordinación central de los aspectos operativos en cumplimiento de la Instrucción en cada uno de los departamentos ministeriales.

A nivel periférico, en el ámbito autonómico, el Director Territorial de la ITSS y en el ámbito provincial, el Jefe de la Inspección Provincial, serán los encargados de coordinar las acciones junto con los mandos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que sean designados en cada caso por el Secretario de Estado de Seguridad. La máxima autoridad serán el Delegado del Gobierno y el Subdelegado del Gobierno, respectivamente. Cabe recordar que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están compuestas por la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía, con ámbitos de actuación territoriales y funcionales diferentes, los cuales se determinarán claramente.

A continuación, se analizará la constitución, composición y procedimiento de actuación de los grupos operativos. Estos serán grupos operativos mixtos ya que



están integrados por miembros de la ITSS y miembros de las FFCCSSEE. Las actuaciones las realizarán en los supuestos enunciados en la Instrucción Primera, que se mencionó anteriormente y respecto a infracciones administrativas graves o muy graves en el orden social que puedan ser constitutivas de delito. Si en el transcurso de una investigación, las FFCCSSEE aprecian indicios de infracción laboral, deberán comunicarlo a la ITSS para que colectivamente se valore si es necesaria la actuación conjunta o no, adoptando los miembros integrantes del grupo operativo mixto, cada uno en el ámbito de sus competencias, las medidas necesarias. De esta misma manera se procederá cuando sea la ITSS la que detecte la infracción.

Los grupos operativos estarán compuestos por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y aquellos subinspectores que sean precisos para la operación y, en función del ámbito territorial, por el Jefe del Grupo Policial de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, del Jefe del Puesto de la Guardia Civil o de la Unidad de Investigación que corresponda. En caso de que la persona o personas afectadas sean extranjeras, habrá un representante de la Unidad de Extranjería del CNP. La Instrucción también aspira a que quienes integren los grupos creados pertenezcan a ellos de forma estable, en la medida de lo posible. La diferencia con la Instrucción de 1994, en cuanto a la composición de los grupos de trabajo, es que en ella, el grupo provincial estaba presidido por el Delegado del Gobierno o Gobernador Civil y formado por el Director Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales; el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social; el Abogado del Estado, el Jefe en la respectiva Delegación del Gobierno o Gobierno Civil; el Comisario Provincial de Policía y el Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil. Ellos eran los encargados de elaborar las acciones conjuntas a realizar. Para llevar a cabo las acciones, se dotaría de aquellos medios materiales y personales necesarios para su correcta ejecución.

Para el desarrollo de las actuaciones, se establece un procedimiento ordinario, que se analiza a continuación. No obstante, se prevé la posibilidad de una comunicación urgente, realizada a través de teléfono, fax o correo electrónico, cuando durante el transcurso de la actuación inspectora, peligre la seguridad e integridad de los inspectores o subinspectores.

La Instrucción de 1994 establecía que se apoyaría directamente a la Inspección de Trabajo en visitas en la agricultura, llevándose a cabo principalmente en las campañas estacionales; en las visitas a talleres o locales clandestinos; y, finalmente, en las visitas nocturnas a locales que realicen su actividad en horario de noche.

El procedimiento de actuación es el general, ya que corresponde a los responsables periféricos acordar los términos concretos. El proceso se inicia con la solicitud de actuación, que se puede realizar mediante correo electrónico, teléfono, fax o cualquier otro medio que se acuerde por los responsables. En dicha comunicación, el solicitante comunicará los datos sobre el lugar y aquellos otros que puedan ser de interés. La actuación, se llevará a cabo de forma confidencial, siendo únicamente conocida por aquellos encargados de realizarla y por sus jefes o mandos, estableciendo aquellas medidas necesarias para que se lleve a cabo con éxito.

La investigación que se realice en el transcurso de la visita, se llevará a cabo de forma que los miembros del grupo puedan profundizar en todos aquellos hechos o conductas que puedan ser infracción o delito, siendo dirigida la operación de forma conjunta y estableciéndose una planificación previa para obtener las pruebas de la forma más eficaz. Además, si fuese posible, los días anteriores a la visita, las FFCCSSEE realizarán las investigaciones necesarias para que la operación se planifique con mayor éxito.

No es precisa una autorización judicial para llevar a cabo las actuaciones e investigaciones, no obstante, si se dispusiera de ella, los agentes serán los encargados de realizar la actuación de acuerdo a lo establecido en la resolución judicial y a su normativa aplicable.

Si tras las investigaciones y actuaciones llevadas a cabo se deduce que existen indicios de criminalidad, se hará del conocimiento del juez o tribunal competente, así como del Ministerio Fiscal.

De las actuaciones realizadas, se crearán mecanismos para que sean comunicadas a los órganos competentes. Dicha comunicación administrativa abarcará los siguientes aspectos:

1. Denuncias o comunicaciones<sup>506</sup>

2. Actuación integral<sup>507</sup>

3. Sanciones<sup>508</sup>

Finalmente, las actuaciones serán evaluadas en los meses de julio y enero de cada año por los responsables a nivel central, que son, dos mandos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y dos responsables de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Estos elaborarán un informe cada uno, que se remitirá al Secretario de Estado de Seguridad y al Subsecretario de Empleo y Seguridad Social. El informe que se remita valorará, cuantitativamente y cualitativamente, la actividad realizada y su resultado. Asimismo, a nivel periférico se realizarán los informes correspondientes.

La Instrucción de 1994 preveía que el grupo de trabajo provincial elaboraría informes trimestrales, los cuales se elevarían a los respectivos ministerios.

#### **4.3.2 Evolución en el Convenio interministerial de colaboración: comparación 1994-2013**

A continuación, se realiza la comparación de los convenios interministeriales para analizar si se ha introducido algún elemento nuevo en el convenio de 2013, respecto al anterior, en la coordinación interministerial que lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social o si se trata de una actualización del mismo.

Con este análisis de los dos convenios interministeriales, que llevan a cabo los órganos intervinientes en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la

---

<sup>506</sup> Se procurará, en cualquier caso y especialmente en los de mayor trascendencia social o numérica, la incoación coordinada de la totalidad de los procedimientos sancionadores legalmente previstos.

<sup>507</sup> Los procedimientos sancionadores gubernativos y laborales deberán complementarse, evitándose, en la medida de lo posible, acciones parciales que puedan afectar únicamente a los trabajadores o a los empleadores, cuando exista infracción tipificada para ambas partes.

<sup>508</sup> Con carácter general, el órgano competente para resolver dará cuenta de las sanciones especialmente relevantes recaídas a los otros órganos que hayan intervenido.

Seguridad Social, se permite de forma rápida y clarificadora ver los elementos significativos que los componen.

La comparación de los convenios se realiza utilizando la técnica de análisis de contenido. Con la misma, se decodifican los mensajes manifiestos, latentes y ocultos que se encuentran plasmados en los documentos. Esta técnica asume que los textos reflejan actitudes y creencias tanto de autores como de lectores.

Por ello, se utilizan las unidades de análisis de contenido con base gramatical, constituidas por las palabras clave del objeto de estudio. Se han seleccionado los convenios de cooperación interministerial referentes a la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Se han establecido categorías y se marca con una X si dicha categoría se encuentra en el convenio correspondiente.

Se observa que ambos convenios mantienen ciertas categorías. Sin embargo, en el actual convenio se introducen nuevos elementos como: Tráfico de personas, la trata de seres humanos para la explotación laboral o la discriminación laboral, entre otros (Tabla 1). Hay realidades sociales, que, sin ser nuevas, han adquirido una nueva dimensión como consecuencia de la propia evolución de la sociedad. Esto ha hecho que estas situaciones se recojan de forma expresa en el nuevo convenio, para así dar una respuesta jurídica a las nuevas realidades emergentes que son de interés para la sociedad.

Asimismo, la confidencialidad adquiere un reconocimiento explícito en el actual convenio, lo cual se entiende fundamental para potenciar la coordinación, agilizar las actuaciones y llevar a buen término las acciones que se realicen por parte de los órganos intervinientes. De esta forma, se promueve y potencia la investigación y dirección conjunta para resolver las situaciones irregulares, cuestiones también incorporadas.

Finalmente, se incluye la información a los medios de comunicación, para dar publicidad a las actuaciones llevadas a cabo por los órganos intervinientes en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

**Tabla 1****Comparación de convenios**

	<b>Categorías</b>	<b>Convenio 1994</b>	<b>Convenio 2013</b>
1	Colaboración entre ITSS y FFCCSSEE	X	X
2	Tráfico de personas		X
3	Trata de seres humanos para explotación laboral		X
4	Explotación laboral sin trata		X
5	Discriminación laboral		X
6	Lucha infracción administrativa y penal	X	X
7	Coordinación operativa central	X	X
8	Coordinación operativa periférica	X	X
9	Grupos operativos mixtos	X	X
10	Comunicación ordinaria	X	X
11	Comunicación urgente	X	X
12	Confidencialidad		X
13	Investigación previa visita (FFCCSSEE)		X

14	Investigación conjunta durante la visita		X
15	Dirección conjunta de la operación		X
16	Comunicación extranjería (cuando afecte)	X	X
17	Comunicación a autoridad judicial/ M <sup>o</sup> Fiscal si aprecian delito	X	X
18	Comunicación administrativa a entes competentes	X	X
19	Evaluación actuaciones	X	X
20	Comunicación a medios de comunicación		X

Fuente: Elaboración propia.

A continuación, se realizan algunas aclaraciones referentes a las categorías establecidas:

7. 2013: Dos mandos de las FFCCSSEE y dos responsables de la Dirección General de la ITSS.

8. 2013: Director Territorial de la ITSS y el Jefe de la Inspección Provincial, con los mandos que en cada ámbito designe el Secretario de Estado de Seguridad, bajo la supervisión del Delegado o Subdelegado del Gobierno.

9. 1994: Presidido por el Delegado del Gobierno o Gobernador Civil y compuesto por: el Director Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales; el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social; el Abogado del Estado, jefe en la respectiva Delegación del Gobierno o Gobierno Civil; el Comisario Provincial de Policía y el Jefe de la Comandancia de la

Guardia Civil. En 2013: Compuesto por: ITSS y los Subinspectores de Empleo y SS necesarios, el jefe del grupo policial de la Comisaría del CNP o del puesto de la GC o de la unidad de investigación que corresponda, y de un representante de la Unidad de Extranjería del CNP cuando afecte a este régimen. Tanto en 1994 como en 2013, se establece que al afectar a extranjeros una investigación, se sumara al grupo de trabajo, el responsable de extranjería (CNP).

17. En la Instrucción de 1994, se establecía que cuando se tratase específicamente de acciones que pudieran ser constitutivas del delito tipificado en el Art. 499 bis CP de 1973, la coordinación se extendería al Ministerio Fiscal, a través del Delegado del Gobierno, adjuntando el informe del Abogado del Estado-Jefe. En 2013, se comunicará tras la visita.

19. En 1994, se establece que se elaborarán informes trimestrales sobre el desarrollo de las actividades y acciones que se realicen. En 2013, se prevé que se realizarán semestralmente (julio y enero de cada año).

Finalmente, según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 2014, tras la firma de dicho convenio, "las actuaciones entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se incrementaron desde 2011, año en el que se realizaron 11.404 actuaciones conjuntas, se pasó en 2012 a 13.052, y en 2013 a 17.013, incrementándose un 30%"<sup>509</sup>. En 2017 se informó que, desde el inicio de las actuaciones conjuntas contra el fraude a la Seguridad Social, con cerca de 75.000 actuaciones, habían aflorado 474.859 empleos irregulares, detectándose 6.526 empresas ficticias y se habían convertido en indefinidos más de 320.000 contratos indebidamente temporales, subrayándose el impacto económico que dichas actuaciones tuvieron, superándose los 19.700 millones de euros<sup>510</sup>. 2017 es el último año en el que se ha publicado un informe de la actividad anual de la ITSS<sup>511</sup>. En él,

---

<sup>509</sup> <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2264>. Consultada el 20 julio de 2014.

<sup>510</sup> [http://www.interior.gob.es/noticias/detalle/-/journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_1YSSI3xiWuPH/10180/7887107/](http://www.interior.gob.es/noticias/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_1YSSI3xiWuPH/10180/7887107/)

<sup>511</sup> [http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Que\\_hacemos/Memorias/Memoria\\_2017\\_.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2017_.pdf) Fecha de la consulta: 6 de noviembre de 2019.

además de reflejar estos datos comentados, se pone de manifiesto la importancia del Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012, para los años 2012 y 2013, el cual, debido a los buenos resultados que se obtuvieron, poniendo en marcha la segunda parte de dicho plan para los años 2014-2017. Sin embargo, tras dicho año, no se ha publicado la memoria anual sobre la actividad realizada por la ITSS.

#### **4.4 Convenios de colaboración entre los Ministerios de Interior y de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para la persecución del fraude y la delincuencia económica en el ámbito de la Seguridad Social**

##### **4.4.1 El Convenio de 2015: refuerzo de la cooperación interministerial**

El ámbito territorial de aplicación del Convenio es todo el territorio español, y afecta a entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social adscritos a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

En la exposición de motivos de dicho convenio se reconoce la colaboración que, desde hace años, se realiza entre la Secretaria de Estado de Seguridad y la Secretaria de Estado de la Seguridad Social en la investigación y persecución de delitos y otras infracciones en materia de Seguridad Social. Dichas actuaciones son llevadas a cabo por la Sección de Investigación de la Seguridad Social (en adelante SISS), la cual se encuentra encuadrada en la Brigada de Delincuencia Económica y Fiscal (en adelante BDEF) de la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (en adelante UDEF), la cual depende directamente de la Comisaría General de Policía Judicial.

La SISS surge en 1977, cuando los entonces Ministerios del Interior y Sanidad y Seguridad Social acordaron crear un grupo destinado a investigar los fraudes en materia de Seguridad Social. Dicho acuerdo se materializó en octubre de 1977. El 20 de diciembre de 2004, la Secretaria de Estado de Seguridad y la Secretaria de Estado de la Seguridad Social firmaron un protocolo de actuación para regular el funcionamiento de la SISS.



La colaboración llevada a cabo desde finales de los años 70 hasta la actualidad, amparada por los distintos convenios y protocolos, permite investigar y, en su caso, enjuiciar aquellas situaciones ilícitas que atentan contra la Seguridad Social en todo el territorio nacional.

El Convenio destaca la experiencia y especialización a la que se ha llegado, siendo capaces de luchar contra el incremento de formas de fraude, las cuales han evolucionado a lo largo de los años, aumentando la delincuencia organizada, favorecida en cierta medida por la globalización. Un ejemplo es el fraude ocasionado por la cesión ilegal de personas trabajadoras, el cual es parte del proceso externalizador de la producción por parte de las empresas, que en un mundo globalizado se da cada vez con mayor frecuencia, siendo un acto lícito si se realiza a través de las Empresas de Trabajo Temporal, pretendiendo así evitar que en el mercado de trabajo se introduzcan sujetos que se lucren con la cesión de mano de obra, haciendo negocio, traficando con mano de obra, lo cual es constitutivo de delito; las Empresas de Trabajo Temporal deben estar legalmente autorizadas y se encuentran reguladas por la LETT. El art. 43.2 ET establece que se incurre en todo caso en cesión ilegal de personas trabajadoras cuando no existe verdadera cualidad empresarial en la “empresa” cedente o cuando, teniendo cualidad empresarial, esta no actúa como empleadora respecto de las personas trabajadoras cedidas.

No obstante, el Convenio también hace referencia a la necesidad de reforzar la colaboración y la especialización en materia de Seguridad Social, e intensificar la coordinación entre los distintos órganos y unidades adscritas a la Secretaria de Estado de Seguridad y a la Secretaria de Estado de la Seguridad Social. Esta experiencia y especialización a la que hace referencia el Convenio no se ha llevado a cabo de la misma forma en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, compuestas por la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía, debido a que el Cuerpo Nacional de Policía cuenta con la SISS, mientras que la Guardia Civil no cuenta con ninguna sección o unidad especializada en Seguridad Social. Sería conveniente la creación de una sección o unidad especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Guardia Civil para hacer frente, de forma más efectiva, a la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

En los últimos años, el fortalecimiento de las acciones conducentes a la persecución de las infracciones en materia de Seguridad Social han permitido esclarecer muchas de las irregularidades existentes en dicha materia; no obstante, el Convenio, en su exposición de motivos, menciona el considerable número de procedimientos penales que concluyen con el sobreseimiento o el archivo de la causa, la retirada de la acusación o la absolución de la persona o personas acusadas por no concurrir los elementos del tipo penal, insuficiencia probatoria o no acreditarse la autoría. Se deberá recordar que el Derecho Penal constituye la última ratio, y se rige por los principios de subsidiariedad, taxatividad e intervención mínima, ejecutándose la acción penal cuando la intervención administrativa y los restantes medios o instrumentos jurídicos con los que cuenta la Administración resultan ineficaces para proteger y garantizar los bienes jurídicos objeto de tutela. Sin embargo, se debería analizar por qué la Administración no es capaz de dar respuesta a esta situación, pues el simple refuerzo de las medidas de colaboración no es suficiente y la respuesta no ha de ser siempre la vía penal, pues como se ha mencionado, se debe acudir a esta en última instancia o para aquellos supuestos de especial gravedad y relevancia social.

Asimismo, en ocasiones, se produce una falta de congruencia en la interpretación y aplicación de ciertos preceptos penales, como es el caso del artículo 312.1 CP referente al tráfico ilegal de mano de obra. Dicho precepto establece prisión y multa para aquellas personas que trafiquen de forma ilegal con mano de obra. La doctrina, los jueces y los tribunales coinciden en que el tipo penal protege la indemnidad de la relación laboral. Mientras que, para la doctrina científica, el verbo principal del tipo penal es traficar, entendiendo por tal la colocación al margen de los mecanismos legales y la cesión ilegal de personas empleadas, los órganos judiciales entienden que la conducta principal es la explotación de la persona empleada. Lo anterior, unido a una falta de medios materiales y personales (producida en gran medida por la crisis económica y las restricciones presupuestarias que ha traído consigo), provocan la falta de eficacia de los esfuerzos llevados a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el empleo irregular y el consecuente fraude a la Seguridad Social.

La eficacia en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social pasa también por el fortalecimiento de las comunicaciones en materia de datos personales entre los entes perjudicados o responsables de controlar el fraude en materia de empleo y Seguridad Social. Este aspecto se destaca en el Convenio, apuntándose la necesidad de mejorar e implementar la coordinación y exhaustividad en beneficio del interés general, con el fin de evitar, como se recalca, la demora en las investigaciones, en el inicio de los procedimientos judiciales o de la personación de los mismos. No obstante, este es un tema conflictivo, pues la cesión de datos personales entre administraciones afecta a derechos fundamentales.

El Convenio pretende reforzar y dotar de mayor eficacia a aquellas actuaciones que se deriven de los procedimientos llevados a cabo en el ámbito competencial de ambas secretarías de Estado. Para ello, una y otra ponen de manifiesto el común deseo de fomentar, desde sus distintos ámbitos y competencias, una acción conjunta, coordinando las actuaciones y medios necesarios de los agentes intervinientes, cuyo objetivo común es desincentivar, prevenir y perseguir la delincuencia en materia de Seguridad Social, dotando al proceso administrativo y/o penal de todos los medios probatorios y exigencias legales. Como el propio Convenio menciona, se trata en definitiva de alcanzar un enjuiciamiento efectivo de los hechos, defendiendo los intereses generales, tanto desde un punto de vista económico (defendiendo los ingresos de los distintos recursos y controlando el gasto en prestaciones y otros beneficios) como judicial (depurando las distintas responsabilidades, penales y administrativas).

Habiendo definido ya el objetivo que persigue el Convenio, las partes establecen necesidades comunes, las cuales son:

- Establecer un marco eficaz y dinámico de relaciones entre ambas secretarías, a través de sus respectivos agentes y unidades especializadas.
- Realizar inspecciones e investigaciones policiales específicas en relación con asuntos que revistan carácter delictivo y, en especial, cuando atenten contra los intereses y el patrimonio de la Seguridad Social en sus distintas manifestaciones.

- Auxiliar a los órganos de gestión de las entidades y servicios comunes de la Seguridad Social en el desempeño de sus funciones cuando, en razón de las circunstancias concurrentes, ambas partes lo convengan.

- Colaborar y auxiliarse mutuamente en la fase de investigación policial, así como en el inicio de la acción penal, la posterior instrucción, enjuiciamiento y ejecución por los órganos judiciales.

- Cooperar mutuamente en el área de la formación con el fin de mejorar la adecuación permanente de los profesionales en sus labores de prevención y lucha contra los delitos económicos en materia de Seguridad Social, lo que requiere una singular especialización al respecto.

- Analizar y estudiar permanentemente la evolución de las formas de fraude y la aparición de nuevas conductas delictivas en el ámbito de la Seguridad Social.

Una vez definido el objetivo y las necesidades comunes, el Convenio en su apartado segundo establece “los mecanismos y procedimientos de actuación coordinada y conjunta en aras de una mayor eficacia de cara a la prevención y lucha contra el fraude al Sistema de Seguridad Social”.

Para ello señala las siguientes cinco líneas de actuación:

1. Fomentar las relaciones entre las unidades especializadas en la investigación y persecución del fraude.

2. Promover la coordinación y colaboración para la persecución de conductas fraudulentas, así como el inicio de las acciones penales y la instrucción del respectivo procedimiento. Además, se compartirá la información disponible en la Administración relacionada con las actuaciones de investigación, llevadas a cabo por la SISS, tanto si se han efectuado por iniciativa propia o por encargo de los organismos de la Seguridad Social.

3. Facilitar el acceso a las bases de datos de la Administración de la Seguridad Social y la cesión de los datos.

4. Perfeccionamiento de profesionales en el desarrollo de conocimientos y prácticas sobre el uso de aplicaciones informáticas, relacionadas con el desempeño de sus funciones.

5. Potenciar la formación jurídica de los agentes en materia penal, administrativa y procesal.

El Convenio prevé la formación de todos los agentes en materia penal, administrativa y procesal. Dado que las materias jurídicas están interconectadas, la formación que se imparta ha de ser de gran calado, y no solo multidisciplinar sino interdisciplinar y transdisciplinar; teniendo un conocimiento amplio del Derecho se puede proceder, a continuación, a la especialización. Ciertamente, no es posible entender el Derecho Penal sin conocer otras parcelas del ordenamiento jurídico. El esfuerzo destinado a formación jurídica merecerá la pena, pues permitirá llevar a cabo adecuadamente todas las acciones que el Convenio se propone.

El desarrollo de las referidas acciones requiere de una adecuada financiación, además de personal cualificado y suficiente. El apartado sexto del Convenio hace referencia a los recursos asignados y al libramiento de fondos. Se realizará un Plan de Objetivos y Actuaciones para la gestión de los asuntos comunes, autorizando la Secretaria de Estado de la Seguridad Social la asignación máxima de crédito correspondiente, independientemente de los gastos por desplazamiento, alojamiento y manutención de los componentes de la SISS, los cuales dependerán de la entidad a la que presten sus servicios.

Podemos observar que no se preestablecen cantidades, por lo que la asignación dependerá de criterios económicos y, en algunos casos, subjetivos, respecto a una mayor o menor dotación de recursos económicos. En un momento de crisis económica, invertir en prevenir y combatir el fraude a la Seguridad Social, supone recuperar lo invertido ya que lo defraudado es mayor que lo invertido en su persecución, siendo beneficioso no solo para las arcas del Estado sino para los intereses generales ya que se dispondrá de mayores recursos que repercutirán en toda la sociedad.

La concreción de la asignación se realizará anualmente con cargo al presupuesto de la Tesorería General de la Seguridad Social, debiendo incluirse en un anexo al Convenio antes de finalizar el primer trimestre de cada ejercicio, en el cual figure el Plan de Objetivos y Actuaciones en la lucha contra el fraude y los delitos económicos en materia de Seguridad Social, las formas de colaboración en la gestión de los recursos económicos del sistema, el régimen económico de funcionamiento y el método de evaluación de los resultados.

El Convenio prevé que personal funcionario de la SISS se adscribe a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, concretamente a la Tesorería General de la Seguridad Social por su condición de titular del patrimonio único de la Seguridad Social. Este personal funcionario, bajo la coordinación de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, dependerá orgánica y funcionalmente de la Brigada de Delincuencia Económica y Fiscal de la UDEF, subordinada a su vez a la Comisaría General de la Policía Judicial. Actuarán, asimismo, bajo la dirección de los órganos jerárquicos superiores y sin que la realización de dichas actividades suponga la modificación en su relación de servicios.

No obstante, como apuntamos anteriormente, el personal funcionario adscrito es miembro de la SISS, estando conformadas las unidades especializadas en la lucha contra el fraude, exclusivamente, por agentes del Cuerpo Nacional de Policía. Como ya se mencionó, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son tanto el Cuerpo Nacional de Policía como la Guardia Civil; así pues, el Convenio objeto de estudio excluye a un Cuerpo que presta servicio en todo el territorio nacional y que también debería colaborar en la prevención y persecución del fraude.

El artículo 11.2 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece la distribución territorial de competencias de las funciones establecidas en dicha ley. Corresponde, de forma general, al Cuerpo Nacional de Policía ejercer sus funciones en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el gobierno determine, y, la Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y su mar territorial. El espacio territorial en el que es competente la Guardia Civil es suficientemente amplio como para

que se le incluyese de forma expresa y con una sección especial de Seguridad Social, al igual que el Cuerpo Nacional de Policía, en la lucha contra el fraude a la Seguridad Social. De tal forma, la Secretaria de Estado de Seguridad sí velaría efectivamente por una adecuada dotación de personal, no solo de la SISS, acorde con el conjunto de sus funciones y actuaciones que le resulten encomendadas por razón de este Convenio, sino que contaría con personal de la Guardia Civil también especializado y formado en dicho cometido.

Con el fin de fomentar y facilitar un seguimiento continuo y coordinado de los asuntos llevados a cabo entre las unidades especializadas en la lucha contra el fraude, se podrá solicitar en cualquier momento el apoyo y la colaboración mutua en las labores ordinarias. Esto será un complemento a lo ya establecido previamente y de forma genérica en el Plan de Objetivos y Actuaciones. Ello se realizará a través de las estructuras orgánicas y previo conocimiento o autorización, en su caso, de su inmediato superior. El límite a dicha colaboración es la competencia funcional de cada una de las partes, pudiendo referirse la colaboración a cuestiones concretas o generales. Particularmente, la SISS colaborará a requerimiento del respectivo titular de la entidad gestora de la Seguridad Social o de la Tesorería General de la Seguridad Social. No obstante, agentes de la SISS colaborarán directamente y, sin perjuicio de las competencias que le son propias, de acuerdo con la estrategia general que previamente se ha establecido, a través de los servicios y actuaciones específicos para el ejercicio de sus funciones, y estarán circunscritos al ámbito de actuación policial recogido en el Convenio.

Las actuaciones llevadas a cabo por las partes, en cumplimiento de sus respectivas obligaciones de apoyo y colaboración, de acuerdo con el Convenio, deben realizarse con diligencia y calidad necesaria. El aspecto de “calidad necesaria” está íntimamente relacionado con la formación de los agentes y, por consiguiente, con su profesionalización, como veremos posteriormente.

Una cuestión delicada es el acceso y utilización de las bases de datos en poder de la Administración. La inteligencia es el resultado de procesar la información, por lo que es una cuestión fundamental la obtención de dicha información.

Actualmente, la dimensión supranacional de la delincuencia dificulta la lucha eficaz contra este tipo de actividades ilícitas. Se cuenta una amplia legislación internacional –tratados y convenios– en la materia; pero, lamentablemente, por su condición genérica, no resulta fácilmente aplicable a nivel interno. Además, aunque también exista una amplia normativa nacional dirigida a afrontar esta problemática, las diferentes formas de afrontarla por parte de los distintos Estados y la falta de coordinación entre los mismo, dificultan un eficaz abordaje de la misma.

Conscientes de ello, los Estados miembro de la Unión Europea han tratado de dar respuesta al problema de la información poniendo en marcha distintos proyectos que faciliten el intercambio de la misma. Sin embargo, retomando el caso español, la transferencia de datos entre las distintas administraciones es una cuestión delicada. España dispone de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>512</sup>, la cual junto al Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información para transponer la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, suponen un límite al intercambio de dicha información. Obviamente, las personas responsables de la misma han de utilizarla bajo su responsabilidad y para fines exclusivamente profesionales de acuerdo a la legislación vigente. Sin embargo, no todas las administraciones cuentan con los mismos ficheros ni estas pueden acceder a las bases de datos de las demás administraciones.

Como se ha indicado, el tratamiento de la información es fundamental en el desarrollo de la labor policial que llevan a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; sin embargo, la obtención de dicha información tiene incidencia en el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE), y la protección

---

<sup>512</sup> Norma dictada para la adecuación del ordenamiento interno al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).



de los datos de carácter personal de la ciudadanía. Por tal motivo, y para evitar que la seguridad y salvaguarda de la misma suponga una intromisión en tales derechos, el tratamiento de los ficheros en manos de la Administración y, en particular, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Tesorería General de la Seguridad Social, está sometido a una serie de cautelas que, aunque tienen en cuenta las especiales características de su labor, no contribuyen a solucionar los problemas de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social.

El Convenio establece que el acceso de la SISS a las bases de datos en poder de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social se facilitará previa petición y en modo de consulta, proporcionándose las pertinentes transacciones. Estas transacciones autorizadas de información se revisarán, al menos, una vez al año, de forma que se puedan actualizar y permitan mejores resultados en las actuaciones en curso.

#### **4.4.2 El Convenio de 2019: mantenimiento de la protección de los intereses económicos de las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social**

En 2019 se ha firmado el Convenio entre la Secretaría de Estado de Seguridad, la Secretaría de Estado de Seguridad Social, la Dirección General de la Policía y la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social para la persecución del fraude y la delincuencia económica en el ámbito de la Seguridad Social<sup>513</sup>. Cabe apreciar que el citado Convenio se concierta, específicamente, con el Cuerpo Nacional de Policía, excluyéndose a la Guardia Civil (no nos consta que exista un Convenio específico con esta); ello, no obstante, la Guardia Civil sigue realizando actuaciones en la materia en atención al Convenio de 30 de abril de 2013<sup>514</sup>.

---

<sup>513</sup> Texto completo disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7612](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7612)

<sup>514</sup> Véase, por ejemplo, la noticia publicada el 6 de julio de 2019 en el portal de internet AgroNews de Castilla y León: <https://www.agronewscastillayleon.com/la-guardia-civil-y-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social-junto-con-la-policia-y-la-inspeccion>, consultada el 6 de julio de 2019.

El Convenio se realiza para mantener la colaboración existente desde hace años entre ambas instituciones, que ha permitido “la persecución de delitos e infracciones que atentaban contra los intereses económicos de las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social”, como expresa el texto de aquel.

La larga tradición de colaboración los lleva a manifestar, a través de los protocolos, la necesidad de reforzar la colaboración e intensificar la coordinación entre los distintos órganos y unidades, que se han especializado y dedicado, en exclusiva o como parte específica de las funciones que tienen atribuidas, a la persecución del fraude a la Seguridad Social. Y, siendo ello así, no se entiende bien la exclusión de dicha colaboración del otro cuerpo actuante, la Guardia Civil.

En fin, el Convenio, con la importante limitación que se acaba de señalar, vendría a reforzar y dotar de mayor eficacia el resultado del conjunto de las actuaciones realizadas en el ámbito de ambas Direcciones Generales, de cara a los procedimientos en que las mismas puedan desarrollar.

#### **4.3 El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020: especial referencia a la lucha contra el fraude a la Seguridad Social**

Como avanzamos al principio de la presente tesis doctoral, en julio de 2018 el Consejo de Ministros acordó aprobar el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020. El Plan pretende hacer frente a la dramática situación laboral que se vive en España donde la estimulación para la creación de empleo se ha llevado a cabo, principalmente, mediante un retroceso de derechos para las personas trabajadoras.

Sin embargo, como también se ha señalado, el Plan, entre sus objetivos, persigue el fortalecimiento de la competencia leal entre el empresariado, lo que implica luchar contra el fraude a la Seguridad Social. Ciertamente, aquellas personas que trafican con mano de obra en el sentido del 312.1 CP, pueden cometer un fraude a la Seguridad Social por incumplimiento de las obligaciones inherentes en la materia; de ahí la importancia de perseguir penalmente el tráfico

ilegal de mano de obra pues, de no hacerlo, no se alcanzarán plenamente los objetivos que persigue el Plan.

Las setenta y cinco medidas que componen el Plan, cincuenta y cinco operativas y veinte organizativas, están orientadas, como el propio Plan indica, a “luchar contra el fraude, la precariedad laboral y erradicar las situaciones de abuso. De una manera o de otra, todas ellas se dirigen a revertir problemas más graves que presenta nuestro mercado de trabajo en este momento”. El Plan replantea las actuaciones desarrolladas hasta el momento por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para atender las prioridades de esta, que el plan resume exponiendo lo siguiente: “El Gobierno anterior se centró fundamentalmente en la lucha contra el empleo irregular y en el fraude a la Seguridad Social. Sin descuidar este objetivo, el actual Gobierno va a poner a la Inspección, con todos sus medios, al servicio de la mejora de la calidad del empleo y de la lucha contra las bolsas de fraude laboral existentes en el mercado de trabajo”. Ciertamente se puede observar el uso partidista y político que se hace del mercado de trabajo y de sus recursos personales. Por ello, el Plan continúa manifestando que “es una idea unánimemente compartida que cualquier norma jurídica acompañarse de medios para garantizar su cumplimiento, en este caso de una potente Inspección de Trabajo y Seguridad Social, reorientada hacia las principales fuentes de fraude y precariedad laboral”, siendo una de esas fuentes de fraude el tráfico ilegal de mano de obra del 312.1 CP. El Plan continúa expresando que “Si importante es concebir este nuevo enfoque, más centrado en actuar sobre las condiciones de las relaciones laborales, como base para garantizar un mercado de trabajo más justo y la sostenibilidad del sistema de protección social, no lo es menos la mejora de los recursos que se pongan a disposición del Plan. La fortaleza de un sistema de Inspección de Trabajo reside en contar con medios humanos y materiales apropiados para poder cumplir sus objetivos, así como con metodologías de trabajo y un acceso a todo tipo de bases de datos que la alimente con información apropiada para actuar de forma certera y eficaz. Cuestiones estas fundamentales para optimizar los todavía limitados recursos de que dispone el nuevo Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, creado formalmente el pasado mes de abril, y hacer eficaz su importante función social”.

Sin embargo, estos objetivos no se alcanzarán si no se aplica adecuadamente el 312.1 CP ya que el Plan se centra en la lucha contra la trata de seres humanos con fin de explotación laboral que suele ir acompañado de tráfico ilegal de mano de obra.

## **5. LA FORMACIÓN DE PROFESIONALES REFERIDA EN LOS CONVENIOS INTERMINISTERIALES COMO VÍA PARA UNA LUCHA EFECTIVA CONTRA LAS INFRACCIONES JURÍDICO-LABORALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA POLICÍA JUDICIAL**

Dedicaremos un breve apartado a la formación y profesionalización de la policía para una lucha efectiva contra el tráfico ilegal de mano de obra ya que todos los convenios se refieren a la formación de dicho personal como vía para alcanzar el objetivo del mismo.

La globalización también ha afectado a los cuerpos policiales, exigiéndoles una adecuación a las nuevas realidades para cumplir con sus cometidos, por lo que diferentes informes e investigaciones hacen referencia a su formación para conseguir su profesionalización. Como vimos al comienzo de la presente tesis doctoral, en el Capítulo dedicado a cuestiones metodológicas, se observan imprecisiones jurídicas en algunas respuestas de los profesionales entrevistados. Por ello, consideramos conveniente prestar atención a la formación de profesionales que están en disposición de detectar, en primer lugar, posibles situaciones de tráfico ilegal de mano de obra, pues la formación constituye una vía reconocida para alcanzar el éxito en la lucha contra el fraude laboral, porque integra un “corpus de conocimientos” imprescindibles para el desarrollo de sus funciones<sup>515</sup>. En este sentido, podemos señalar varios ejemplos, como:

---

<sup>515</sup> Ciertamente, como ha manifestado ORTIZ GONZALEZ-CONDE, F.M. “se puede decir que la información en sí no es poder, sino la administración y la coordinación razonable de la información, y aquí es donde radica la grandeza de este precepto legal”, ORTIZ GONZALEZ CONDE, F. M., “Artículo 20”, *e-Revista internacional de la protección social*, vol. 1, nº. 2, 2016, p. 241. <http://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/48/107>,

a) El Plan Orión considera fundamental la planificación y desarrollo de programas de formación dirigidos al personal de la Dirección Nacional de Inteligencia Policial.

b) La CEPOL (Escuela Europea de Policía) contempla la formación como un objetivo prioritario. Su finalidad, como establece el Capítulo II, es contribuir a la formación del personal funcionario policial de rango superior de los Estados miembros.

c) Asimismo, también se reivindica la formación policial por parte de la doctrina científica.

Un sector de la doctrina destaca que la profesionalización policial reclama un proceso educativo permanente<sup>516</sup>, así como un currículo basado en las nuevas realidades de una sociedad dinámica y globalizada y en las necesidades de los cuerpos policiales; Moloeznik expone, en sus reflexiones y aportaciones relativas a la policía mexicana, la urgencia de la formación<sup>517</sup>; y, finalmente Bello-Montes señala la importancia de vincular el proceso educativo como el elemento esencial para lograr la profesionalización y la modernización de las instituciones con criterios de calidad y de cumplimiento de la función pública<sup>518</sup>. Este autor destaca la necesidad de trabajar conjuntamente con las universidades, centros de pensamiento y con agencias gubernamentales y del sector privado, para el análisis e intercambio de información y documentos. Aboga por potenciar la investigación en este campo, para profundizar y continuar el desarrollo de teorías que generen conocimiento profundo y universal.

El Convenio establece cinco líneas de actuación, de ellas la 4 y la 5 se centran en el perfeccionamiento y formación en aspectos informáticos y jurídicos, que le permitan realizar sus funciones con calidad. Además, dedica el apartado

---

<sup>516</sup> Véase: ARCE, M. G. “La profesionalización del recurso humano policial. Aspectos curriculares que se deben contemplar”, *Revista Educación*, vol. 32, nº.1, 2008.

<sup>517</sup> MOLOEZNİK, M. P. “Reflexiones y recomendaciones sobre el subsistema policial mexicano”, *Revista Sufragio*, nº. 4, 2010, pp. 123-132. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio>

<sup>518</sup> BELLO-MONTES, C. “Nuevos desafíos de los cuerpos policiales en un mundo globalizado”, *Criminalidad*, vol. 54, nº. 2, 2012, pp. 133-147.

octavo al perfeccionamiento profesional. La demanda de profesionalización de la policía viene siendo, en los últimos años, una petición constante. Por este motivo, se considera oportuno exponer brevemente dos conceptos claves e íntimamente relacionados: profesión y profesionalización, relevantes para una efectiva inteligencia policial. Para obtener la información, además de contar recursos materiales y cobertura jurídica, son fundamentales las personas que hacen uso de ello, siendo de gran importancia la formación de las mismas para alcanzar con éxito los resultados perseguidos.

Existe un debate doctrinal acerca del concepto de profesión, como se desprende de la amplia literatura especializada. Este término es polisémico y puede ser estudiado desde distintos campos semánticos, asociándose a diversos usos y, en consonancia, con diferentes modelos teóricos. Las principales definiciones vienen dadas desde el campo de la sociología o de la historia de las profesiones, y su estudio es relativamente reciente. No constituye objetivo de este artículo profundizar en el estudio de las profesiones, sino partir de nociones básicas que avalen la pertinencia de la formación de quienes se dediquen a la inteligencia policial.

Un sector de la doctrina, en relación al concepto de profesión, considera que “para pensar clara y sistemáticamente sobre cualquier cosa, uno debe delimitar la materia por abordar mediante el análisis empírico e intelectual. No podemos elaborar una teoría si no estamos seguros sobre lo que tratamos”<sup>519</sup>, consideración que se puede aplicar al ámbito de la inteligencia policial, y por consiguiente a la formación de sus profesionales. No obstante, el propio autor es consciente de las dificultades para conseguir un acuerdo unánime para definir qué se entiende por profesión, debido principalmente a tres cuestiones como son: su carácter histórico y concreto, diferentes perspectivas de análisis e interpretación, y la gran variedad y heterogeneidad de las prácticas profesionales. Todo ello justifica el pluralismo del concepto profesión.

En este sentido se manifiesta Siegrist, que expone que “no cabe hablar de profesión en un sentido genérico y universal. No es posible ofrecer una sola

---

<sup>519</sup> FREIDSON, E. *Professionalism. The third logic*, Polity Press, Cambridge, 2001, p. 30.

definición de profesión”<sup>520</sup>. En su opinión los elementos fundamentales de toda profesión son: el dominio de una serie de habilidades para poder responder a determinados tipos de problemas; formación para lograr esas destrezas afines a un campo especializado de conocimiento, que se adquiere en la universidad; autorregulación sobre un área de trabajo que configura la jurisdicción laboral de intervención; un código ético de conducta para apoyar a los profesionales; y servicio a la ciudadanía.

De tal manera que existen diferentes perspectivas e interpretaciones de lo que se considera profesión: altruista o funcionalista, egoísta o weberiano y estructural<sup>521</sup>.

1. Altruista o funcionalista, se fundamenta en la línea neofuncionalista vinculada a los trabajos de Parsons, que defiende la interrelación y autorregulación de los componentes de una sociedad<sup>522</sup>. Entre las características de un profesional destaca el servicio altruista, la autoridad profesional y la competencia técnica, como señas de identidad respecto a otros grupos sociales. Sostiene que las profesiones se sustentan fundamentalmente en el conocimiento teórico, y corresponde a la universidad la construcción del mismo. Este planteamiento, sostiene la idea de que las profesiones son anteriores al interés de las universidades por estudiarlas y, por consiguiente, “legitimarlas”. Desde esta perspectiva, se considera al profesional como un agente que desinteresadamente ayuda a la comunidad y a las personas destinatarias de su actividad, poniendo a su servicio los conocimientos especializados, los cuales se han adquirido tras una formación universitaria y su experiencia.

2. Egoísta, surge en oposición a la anterior, se apoya en buena medida en supuestos neoweberianos de acuerdo con la literatura científica relacionada con

---

<sup>520</sup> SIEGRIST, H. “Professionalization as a process: patterns, progression and discontinuity”. BURRAGE, M. and TORSTENDAHL, R. (Eds.), *Professions in Theory and History: Rethinking the study of the professions*. Sage Publications, London, 1990, p. 42.

<sup>521</sup> BAS-PEÑA, E., CAMPILLO DÍAZ, M. y SÁEZ CARRERAS, J. *La Educación Social: Universidad, Estado y Profesión*, Laertes, Barcelona, 2010.

<sup>522</sup> PARSONS, T. “Remarks on Education and the professions”, *International Journal of Ethics*, nº. 47, 1937, pp. 365-370.

el tema. En la década de los años 70 y 80 del siglo pasado, las universidades mostraron que los grupos idealizados o altruistas, actuaban también por interés personal y no solo por el interés y necesidad de sus destinatarios. En la historia de las profesiones, este enfoque aparece como la versión “egoísta”<sup>523</sup> del profesional, busca compensaciones (económicas, políticas y sociales) como retribución a su trabajo.

Esta perspectiva sostiene que el conocimiento profesional no es más que ideología, por lo que cuestiona los campos jurisdiccionales especializados en los que se materializa una profesión, así como la formación llevada a cabo en las universidades de quienes, en el futuro, van a ser expertos en esa área de acción profesional. En resumen, esta perspectiva expone que quienes ejercen una profesión lo hacen, en primer lugar, en función de sus propios intereses, que no tienen por qué coincidir con los intereses de los participantes en sus proyectos. Por este motivo con frecuencia no darán respuesta a los problemas de los que manifiestan ocuparse. Defienden, por otro lado, las asociaciones profesionales que apoyan la práctica profesional de aquellas personas que han sido acreditadas por la universidad. Y, de acuerdo con Guillén, “las asociaciones o colegios profesionales no solamente controlan la cantidad de profesionales, sino también su calidad”<sup>524</sup>.

3. Estructural, esta postura se basa en los trabajos llevados a cabo por Foucault, el cual define las profesiones como “campos de discurso” procedentes de intereses disciplinarios<sup>525</sup>. Las disciplinas son consideradas como una invención teórica y una tecnología de poder, la cual nace y se desarrolla en la modernidad para pensar “cómo funcionan algunas instituciones modernas”. Las disciplinas, según el profesor Viñao, son organismos vivos que nacen y evolucionan, son: “...espacios de poder, de un poder a disputar. Espacios donde se entremezclan intereses y actores, acciones y estrategias. Campos sociales

---

<sup>523</sup> En este sentido: LARSON, M. S. *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*. University of California Press, Berkeley, 1977.

<sup>524</sup> GUILLÉN, M. F., “Profesionales y burocracia: desprofesionalización, proletarización y poder profesional en las organizaciones complejas”, *Reis*, nº. 51, 1990, p. 40.

<sup>525</sup> FOUCAULT, M. *La arqueología del saber*, Siglo XXI, Madrid, 1994.



que se configuran en el seno de los sistemas educativos y de las instituciones docentes con un carácter más o menos excluyente y cerrado, respecto a los aficionados y profesionales de otras materias, y, a la vez, más o menos hegemónico en relación con otras disciplinas y campos... Las disciplinas son, pues, fuente de poder y exclusión profesional y social. Su inclusión o no en los planes de estudio de unas u otras titulaciones constituye un arma a utilizar con vistas a la adscripción o no de determinadas tareas a un grupo profesional"<sup>526</sup>.

De ahí la importancia de revisar la formación universitaria y la instrucción permanente de quienes se dedican a la actividad policial, como lo indican los organismos internacionales, nacionales y las aportaciones científicas, para relacionarlas con sus prácticas profesionales; de manera que se pueda articular una relación constante entre teoría y práctica, entre conocimiento teórico y su aplicación a situaciones concretas, en una sociedad globalizada que demandan nuevos conocimientos y estrategias conceptuales y metodológicas para responder a situaciones complejas.

El ejercicio profesional tiene lugar en un contexto y momento determinado, que influyen, en alguna medida, en el mismo, porque no se puede sustraer de los valores y percepciones de la realidad social en el que tiene lugar. Asimismo, también hay que tener en cuenta que esta práctica profesional se desarrolla en situaciones complejas, las cuales ponen de relieve su autonomía y su posible profesionalización o, por contrario, desprofesionalización. Por consiguiente, las competencias que muestra un profesional, en el ejercicio de sus funciones, van a depender de un sistema de saberes altamente elaborado, por ello es necesaria una formación universitaria que vincule teoría y práctica. La formación universitaria tiene que vincularse con el desarrollo profesional en contextos laborales, pero sin olvidar el desarrollo del pensamiento crítico, dado que el progreso de un país está no sólo en tener profesionales técnicamente

---

<sup>526</sup> VIÑAO FRAGO, A. *Sistemas educativos, culturas escolares y reformas: continuidades y cambios*, Morata, Madrid, 2000, p. 62.

competentes, sino que, además, sean capaces de pensar de manera autónoma y de acuerdo con principios basados en los Derechos Humanos<sup>527</sup>.

En esta línea, encontramos a Schön, el cual concede gran importancia a la experiencia disciplinar, capacidad organizativa, situaciones del pasado, intereses y perspectivas políticas y económicas en el momento de enfrentarnos a situaciones difíciles y problemáticas de formas diferentes. Este autor, se refiere a profesionales de la práctica extremadamente expertos en el manejo de situaciones de incertidumbre, singularidad y conflicto como “artistas”, siendo el “arte profesional” los tipos de competencias que los prácticos llevan a cabo en ocasiones ante las situaciones antes mencionadas. Podemos deducir, por tanto, que tanto para Abbott, que defiende la abstracción como característica que mejor define a las profesiones<sup>528</sup>, como para Schön, el pilar de la cuestión profesional se encuentra en la práctica<sup>529</sup>, es decir, en la aplicación reflexiva de saberes al mismo trabajo profesional. Los teóricos de las profesiones no suelen entrar en el mundo de la práctica, en el análisis de la actividad laboral y en cómo contribuye ésta a la profesionalización.

Tras este breve análisis, cabe señalar que los convenios objeto de análisis establecen el acuerdo de las partes firmantes para fomentar la formación mutua, en aquellas materias que estimen necesarias, del personal de las entidades comunes, de la SISS y de la Tesorería General de la Seguridad Social. Sin embargo, entendemos que esta pretensión es excesivamente amplia, pues a nuestro juicio, la formación ha de ser principalmente jurídica para poder obtener los mejores resultados en el correspondiente proceso. No obstante, el convenio establece que en materias jurídico-penales y procesales, la formación se realizará en coordinación con la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, dentro del plan de formación específica del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social o

---

<sup>527</sup> Véase: BAS-PEÑA, E. “Educación Social y formación en drogodependencias”, *Health and Addictions/Salud y Drogas*, vol. 14, nº.1, 2014, pp. 71-83.

<sup>528</sup> ABBOT, A. *The System of Professions. An Essay on the Division of Expert Labour*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

<sup>529</sup> SCHÖN, D. *La formación de profesionales reflexivos: hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje en las profesiones*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

a través de cursos o actividades formativas específicamente diseñadas para este fin. También prevé la formación en materias objeto de la programación que se diseñe, así como en el manejo de las aplicaciones y transacciones informáticas necesarias. Todo ello se podrá fijar en el Plan de Objetivos y Actuaciones.



## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Con la presente investigación hemos pretendido realizar un estudio vertical y transversal de la materia objeto de estudio, con el fin de ofrecer una respuesta integral al problema del tráfico ilegal de mano de obra en España.

1. Nos encontramos en un mundo global, un mundo en continuo cambio y con mutaciones cada vez más rápidas; ello dificulta la adaptación del Derecho a las nuevas realidades sociales. En la era de las nuevas tecnologías, los fraudes aumentan en número y grado de sofisticación, debiendo el ordenamiento jurídico dar respuestas adecuadas y rigurosas para luchar eficazmente contra los mismos con la mayor celeridad posible. Una de las consecuencias de la globalización es la búsqueda de cambios en los procesos productivos para abaratar costes y, de esta forma, obtener mayor rentabilidad en términos económicos, lo que, en ocasiones da lugar a merma de derechos de las personas trabajadoras.

2. El tráfico ilegal de mano de obra constituye un delito con repercusión en el mercado laboral nacional e internacional. No en vano, merced a la globalización económica, las empresas descentralizan su producción, la externalizan y deslocalizan, afectando a la comunidad internacional, y propiciando, en ocasiones, la aparición de sujetos que pretenden obtener, de forma fraudulenta, beneficios a costa de las personas empleadas.

3. La doctrina científica iuslaboralista y penal que estudia el delito de tráfico ilegal de mano de obra, unánimemente, al analizar el art. 312.1 CP interpreta que protege la colocación al margen de los mecanismos legales; ello no obstante, tras las distintas reformas laborales, cabe considerar que el supuesto de hecho del tipo penal hace referencia en la actualidad a los supuestos de colocación en los que se cobra por los servicios de intermediación a la persona trabajadora; y la cesión ilegal de mano de obra o tráfico prohibido de mano de obra.

4. Por su parte, la jurisprudencia sobre la materia interpreta que existe tráfico ilegal de mano de obra cuando se trafica con las personas trabajadoras para explotarlas laboralmente. A nuestro juicio, el delito de tráfico ilegal de mano de

obra lo integran dos modalidades comisivas, la intermediación laboral irregular, cobrando por ella a las personas trabajadoras, y la cesión ilegal de mano de obra. En ambos supuestos, se interfiere en la relación laboral con consecuencias negativas sobre los derechos laborales y el mercado laboral.

5. No consideramos acertada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. Conforme a dicha jurisprudencia, el centro de la acción típica es la explotación de la persona empleada, lo que no compartimos pues el verbo nuclear -así lo reconoce expresamente el Alto Tribunal- es traficar, del cual no se desprende que la persona, que es el objeto de la acción, sea explotada. No debemos olvidar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto. En nuestra opinión no se debe materializar un resultado sobre la integridad física del sujeto pasivo, sino que, con el cobro por los servicios de intermediación laboral a la persona trabajadora o cesión ilegal de mano de obra, se ven afectados una serie de intereses concretos y generales, que afectan a un bien jurídico abstracto, como es la indemnidad de la relación laboral dentro del mercado trabajo. Se protegen, en definitiva, ciertos derechos de las personas trabajadoras y empleadoras, sus derechos económicos, su seguridad y su dignidad.

6. El tráfico de mano de obra tiene graves consecuencias sociales, ya que afecta a los derechos de las personas trabajadoras y del empresariado que cumple con sus obligaciones en materia laboral y de Seguridad Social. Asimismo, puede provocar efectos negativos en las economías nacionales, ya que al vulnerarse la normativa laboral y de Seguridad Social vigente, no solamente se perjudica a quienes cumplen con sus obligaciones, sino que también se ven afectados los recursos económicos del país. Consecuentemente afecta a toda la sociedad, perturbando, a su vez, al resto de actores del mercado laboral que observan la normativa aplicable, entre los que se generan diferencias competitivas, y, en definitiva, competencia desleal.

7. Consideramos que se tutela fundamentalmente el interés del Estado por controlar el mercado de trabajo y garantizar que la contratación laboral se realice a través de los mecanismos legales, respetando los derechos de las personas empleadas y empleadoras.

8. Pensamos que la interpretación del TS no guarda relación con las infracciones administrativo-laborales que integra el tipo penal. Asimismo, esta interpretación puede generar un concurso de delitos, principalmente con el art. 177 bis CP.

9. Del análisis del tipo penal, contemplado en el art. 312.1 CP, extraemos las siguientes conclusiones y propuestas:

a) El sujeto activo del delito puede interpretarse en atención al art. 2 LISOS; ahora bien, en el ámbito penal se debe considerar a estos sujetos en un sentido amplio, entendiéndose que siempre será susceptible de procedimiento penal cuando la acción típica sea realizada por uno de estos sujetos, es decir, cuando exista presunción de que el sujeto actúa como alguno de los sujetos contemplados en el art. 2 LISOS. En el art. 2 LISOS se establece un *numerus clausus* de sujetos responsables de la infracción, pudiendo ser tanto personas físicas como jurídicas. Ciertamente, este también es un elemento diferenciador respecto de la infracción penal, donde el sujeto activo puede ser cualquier persona que lleve a cabo la acción mientras que, en el orden social, tiene que ser alguno de los sujetos contemplados en la normativa. Además, parece que el CP está excluyendo a la persona jurídica como responsable, según el art. 318 CP. Hecho que merecería ser objeto de estudio específico por las implicaciones no solo penológicas sino económicas, sociales y políticas. Por ello, cabe considerar que, cuando un sujeto no puede ser perseguido de acuerdo con el ordenamiento administrativo-sancionador laboral por no estar previsto en el art. 2 LISOS como sujeto responsable, cabría acudir al ordenamiento penal, donde el concepto tanto de persona trabajadora como de empresario es más amplio, con el fin de ofrecer una protección efectiva al sujeto pasivo del delito.

b) El sujeto pasivo es la persona trabajadora, nacional o extranjera, no debiendo entenderse dicho término en su acepción jurídico-laboral estricta (art. 1 ET), sino desde un punto de vista amplio.

c) El bien jurídico protegido es un conjunto de intereses concretos y generales que afectan a la indemnidad de la relación laboral, dentro del marco del mercado de trabajo. Se entiende por traficar la intermediación laboral irregular, lo que incluye el cobro de los servicios de intermediación laboral a las personas

trabajadoras, y la cesión ilegal de quienes trabajan, de forma habitual o continuada e incumpliendo la legislación laboral sobre cesión de mano de obra afectando a dos o más sujetos.

d) Los órganos judiciales del orden penal, en las sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra examinadas, tienen en mayor consideración la situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo, su desarraigo, su situación económica y su situación legal, entre otros aspectos, para establecer su indefensión frente al traficante; asimismo, interpretan que este posible riesgo lesivo no tiene que materializarse pero que ha de ser posible, si bien, los últimos pronunciamientos judiciales recaídos en la materia se centran más en la existencia cierta de un peligro real y efectivo que en su hipotética existencia; interpretación que no compartimos.

e) Estos elementos lesivos no coinciden con las características básicas de las infracciones administrativo-laborales protegidas en el orden penal, es decir, con la intermediación o colocación irregular y la cesión ilegal de mano de obra. Por ello, el delito debe entenderse como aquella situación en la que, además de vulnerarse los derechos laborales, estos atentan contra el interés del Estado en proteger el mercado laboral, constituyendo este un elemento de significatividad para determinar la ofensividad penal.

f) El ánimo de lucro, tal y como se infiere de las sentencias sobre tráfico ilegal de mano de obra examinadas, no es una cuestión relevante para la mayoría de los órganos judiciales, a la hora de determinar la existencia de delito, interpretación que no compartimos. Desde nuestro punto de vista, traficar es un hecho comercial, económico, donde existe siempre dicho ánimo en el sujeto infractor.

g) En relación con las infracciones administrativas, este lucro se obtiene del cobro a la persona empleada por realizar la acción de intermediación o, por ceder ilegalmente mano de obra, incumpliendo la normativa laboral con el fin de ahorrar costes en su producción de manera habitual o continuada, lo que, lógicamente, reporta beneficios económicos. De no ser así, esta actuación no podría ser considerada “tráfico”. La exigencia de ánimo lucrativo constituye un plus a la hora de establecer la antijuridicidad del hecho, por lo que consideramos que dicha



infracción, en los casos más graves debe ser conocida por la jurisdicción penal. El ánimo lucrativo en el actuar del sujeto activo, normalmente acompañado por la situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo, favorece la aceptación por parte de éste de condiciones abusivas, por lo que debería ser el elemento a tener en cuenta para establecer la línea divisoria entre orden social y penal.

h) También interpretamos que la acción típica ha de recaer sobre dos o más personas trabajadoras, defraudando a la Seguridad Social.

i) Consideramos necesario el cumplimiento de las exigencias de habitualidad y continuidad en el actuar del sujeto activo. En estas actuaciones ilícitas, la habitualidad o persistencia continuada en la comisión de la infracción no debe ser un elemento agravante de la sanción administrativo-laboral, ex art. 39.7 LISOS, sino un elemento diferenciador clave entre la mera infracción administrativo-laboral y el delito.

j) La infracción administrativa debería reservarse para aquellos incumplimientos leves o imprudentes, en los que el sujeto no lleva a cabo la acción de manera continuada, no percibe beneficio económico por su acción ni la realiza incidiendo sobre una pluralidad de sujetos.

k) La interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales españoles es análoga a la tipificación realizada en el Código Penal italiano en el art. 603 bis y siguientes. En Italia se recoge de forma precisa la intermediación ilícita con explotación de la víctima. No obstante, en España, la protección para las personas trabajadoras es mayor ya que se tipifica, por un lado, la trata de seres humanos con fin de explotación laboral (177 bis CP) y, por otro lado, el tráfico ilegal de mano de obra (312.1 CP).

10. En nuestra opinión, determinadas infracciones administrativo-laborales no se encuentran correctamente configuradas, siendo inadecuadas su calificación y su graduación como graves y debiendo serlo como muy graves. La incorrecta configuración de las infracciones laborales puede influir negativamente en la relación laboral, teniendo graves consecuencias, como se ha acreditado a lo largo del presente estudio, por afectar, no solo a intereses laborales, sino a la economía y al interés general.

11. En materia de ETT, a nuestro juicio, la infracción laboral susceptible de integrar el tipo penal es la contemplada en el art. 18.3 e) LISOS, donde se tipifica como infracción administrativa muy grave la cesión de personas trabajadoras con contrato temporal a otra ETT o a otras empresas para su posterior cesión a terceros.

12. Actualmente, está prohibido percibir retribución por parte de las personas trabajadoras por los servicios de intermediación, lo cual, en nuestra opinión, podría incurrir en tráfico ilegal de mano de obra si se dan los otros requisitos anteriormente mencionados.

13. La formación jurídico laboral y penal de los sujetos que intervienen en la lucha efectiva contra el tráfico ilegal de mano de obra tiene una gran importancia, especialmente en las personas que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al ser las primeras en tener datos sobre hechos que puedan ser constitutivos de tráfico ilegal de mano de obra.

14. A partir de los datos aportados en las entrevistas realizadas, y de las que se da cuenta en la parte de cuestiones metodológicas de la presente investigación, consideramos que sería conveniente actualizar la formación de profesionales que están vinculados a situaciones de tráfico ilegal de mano de obra.

15. Debemos apuntar que, acertadamente, el Cuerpo Nacional de Policía cuenta con una sección de Investigación de la Seguridad Social. Sin embargo, el otro Cuerpo de Seguridad del Estado, la Guardia Civil, que presta sus servicios en la mayor parte del territorio nacional, no cuenta con una sección como la del CNP. Consideramos necesaria la creación de una unidad o sección análoga a la del CNP en la Guardia Civil.

16. Sería conveniente revisar esta situación, pues el fraude a la Seguridad Social, y por extensión las infracciones laborales, no son competencia exclusiva del CNP y, ante la falta de recursos y disponiendo de profesionales capacitados y cualificados para investigar estas infracciones laborales, se debería crear una sección o unidad de Seguridad Social en la Guardia Civil. Ello produciría una mejora en la prevención y en el resultado de las investigaciones referentes a la

lucha contra el tráfico ilegal de mano de obra, y facilitaría una más efectiva persecución de los delitos contra los derechos de las personas trabajadoras.

17. España aprobó en 2012 el “Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, que continuó en 2013 con la firma del “Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social” y, en 2015, se firmó el “Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la persecución del fraude y la delincuencia económica en el ámbito de la Seguridad Social”. El éxito en los resultados al aplicar Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012, para los años 2012 y 2013, puso en marcha la segunda parte del mencionado plan para los años 2014-2017. Sin embargo, tras dicho año, no se ha publicado la memoria anual sobre la actividad realizada por la ITSS. La elaboración de Planes y la firma de convenios, por parte del Estado español, es un paso importante y necesario, pero insuficiente porque en ellos se pueden hacer muchas declaraciones de intenciones, pero sin una dotación coherente de medios materiales y personales no se pueden materializar y responder a las nuevas realidades emergentes en la sociedad actual, por lo que esas intenciones no obtendrán los resultados esperados.

18. También consideramos necesaria una sección en la Fiscalía especializada en los delitos contra las relaciones laborales y la Seguridad Social que se encargue, entre otros, de conocer los delitos por tráfico ilegal de mano de obra. Actualmente esta competencia corresponde a la sección de extranjería del Ministerio Fiscal, lo que resulta inapropiado por no ser un delito exclusivo contra las personas extranjeras.

19. Una mayor especialización evitaría que supuestos de tráfico ilegal de mano de obra se investigasen como delitos de trata de seres humanos con la finalidad de explotación laboral.

20. Finalmente, proponemos la modificación del tipo penal de tráfico ilegal de mano de obra contemplado en el art. 312.1 CP. La tipificación ha de contener de forma precisa las infracciones jurídico laborales que deben ser sancionadas penalmente. Estas infracciones jurídico laborales son la cesión ilegal de mano de obra y la intermediación laboral irregular con ánimo de lucro a costa de la persona trabajadora, de manera habitual o continuada y en fraude a la Seguridad Social. Ha de determinarse, asimismo, en la redacción del tipo penal, que la conducta se produce cuando la acción del sujeto activo recae sobre dos o más sujetos pasivos. Conforme a las anteriores consideraciones, proponemos la siguiente redacción: “Quien de manera habitual o continuada ceda ilegalmente o intermedie en la relación laboral percibiendo una cantidad económica a costa de las personas trabajadoras, con elusión del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, siempre que dichas acciones recaigan sobre dos o más sujetos, y la cuantía de las cuotas defraudadas exceda de cincuenta mil euros, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”.

## CONCLUSIONI E PROPOSTE

Con la presente ricerca abbiamo voluto realizzare uno studio verticale e trasversale della materia in esame, al fine di fornire una risposta completa al problema del traffico illegale di manodopera in Spagna.

1. Ci troviamo in un mondo globale, un mondo in continuo cambiamento e con mutazioni sempre più rapide; ciò rende difficile l'adattamento del diritto alle nuove realtà sociali. Nell'era delle nuove tecnologie, le frodi aumentano in numero e grado di sofisticazione e l'ordinamento giuridico deve dare risposte adeguate e rigorose per combatterle efficacemente il più rapidamente possibile. Una delle conseguenze della globalizzazione è la ricerca di cambiamenti nei processi produttivi per ridurre i costi e quindi ottenere una maggiore redditività in termini economici. Ciò, a volte, determina una diminuzione dei diritti dei lavoratori.

2. Il traffico illegale di manodopera costituisce un reato che incide sul mercato del lavoro nazionale e internazionale. Non per niente, grazie alla globalizzazione economica, le imprese decentralizzano la loro produzione, la esternalizzano e delocalizzano, danneggiando la comunità internazionale, e favorendo, a volte, l'emergere di soggetti che cercano di ottenere, in modo fraudolento, profitti a spese delle persone impiegate.

3. La dottrina scientifica iuslaboralista e penale che studia il reato di traffico illegale di manodopera, all'unanimità, analizzando l'art. 312.1 CP interpreta che protegge il collocamento al di fuori dei meccanismi legali; ciò nonostante, dopo le varie riforme del lavoro, si può ritenere che l'ipotesi di fatto di tipo penale si riferisca attualmente agli scenari di collocamento in cui i servizi di intermediazione sono addebitati alla persona lavoratrice; e la cessione illegale di manodopera o traffico proibito di manodopera.

4. Da parte sua, la giurisprudenza in materia interpreta che vi è traffico illegale di manodopera quando si tratta di lavoratori per sfruttarli sul posto di lavoro. A nostro avviso, il reato di traffico illegale di manodopera è costituito da due modalità: l'intermediazione irregolare del lavoro, che comporta il pagamento di una tassa per le lavoratrici, e la cessione illegale di manodopera. In entrambi i

casi, si interferisce nel rapporto di lavoro con conseguenze negative sui diritti dei lavoratori e sul mercato del lavoro.

5. Non riteniamo giusta la giurisprudenza della Corte suprema in materia. Secondo tale giurisprudenza, il centro dell'azione tipica è lo sfruttamento della persona impiegata, ciò che non condividiamo perché il verbo nucleare, lo riconosce espressamente l'Alta Corte, è il traffico, dal quale non risulta che la persona, che è l'oggetto dell'azione, sia sfruttata. Non dobbiamo dimenticare che ci troviamo di fronte a un reato di pericolo astratto. A nostro avviso, non si deve giungere a un risultato sull'integrità fisica del soggetto passivo, ma, con il pagamento dei servizi di intermediazione del lavoro alla persona che lavora o la cessione illegale di manodopera, una serie di interessi concreti e generali, che riguardano un bene giuridico astratto, come l'indennità del rapporto di lavoro all'interno del mercato del lavoro. In definitiva, vengono tutelati taluni diritti dei lavoratori e dei datori di lavoro, i loro diritti economici, la loro sicurezza e la loro dignità.

6. Il traffico di manodopera ha gravi conseguenze sociali, in quanto riguarda i diritti dei lavoratori e dei datori di lavoro che adempiono ai loro obblighi in materia di lavoro e di sicurezza sociale. Può inoltre avere effetti negativi sulle economie nazionali, in quanto la violazione delle norme vigenti in materia di lavoro e di sicurezza sociale danneggia non solo coloro che adempiono ai propri obblighi, ma anche le risorse economiche del paese ne risentono. Di conseguenza, essa colpisce l'intera società, perturbando a sua volta gli altri attori del mercato del lavoro che rispettano le norme applicabili, tra i quali si generano differenze concorrenziali, e, in definitiva, concorrenza sleale.

7. Riteniamo che l'interesse dello Stato a controllare il mercato del lavoro e a garantire che l'assunzione avvenga attraverso i meccanismi giuridici sia tutelato in modo fondamentale, nel rispetto dei diritti delle persone occupate e dei datori di lavoro.

8. Pensiamo che l'interpretazione del TS non riguardi le infrazioni amministrativo-lavorative che integrano il tipo penale. Inoltre, tale interpretazione può dar luogo a un concorso di reati, principalmente ai sensi dell'art. 177 bis CP.

9. Dall'analisi del tipo penale, di cui all'art. 312.1 CP, emergono le seguenti conclusioni e proposte:

a) Il soggetto attivo del reato può essere interpretato alla luce dell'art. 2 LISOS; orbene, in campo penale questi soggetti devono essere considerati in senso lato, fermo restando che essi saranno sempre passibili di procedimento penale quando l'azione tipica sarà compiuta da uno di questi soggetti, vale a dire quando si presume che il soggetto agisca come uno dei soggetti di cui all'articolo. 2 LISOS. In art. 2 LISOS stabilisce un numero clausus di soggetti responsabili dell'infrazione, che possono essere sia persone fisiche che giuridiche. Certamente, questo è anche un elemento di differenziazione rispetto al reato penale, dove il soggetto attivo può essere chiunque esegue l'azione mentre, nell'ordine sociale, deve essere uno dei soggetti contemplati dalla normativa. Si può quindi ritenere che, quando un soggetto non può essere perseguito in base al l'ordinamento amministrativo-sanzionatorio del lavoro in quanto non contemplato dal l'art. 2 LISOS, in quanto soggetto responsabile, si potrebbe ricorrere al l'ordinamento penale, dove il concetto di lavoratore e di datore di lavoro è più ampio, per offrire una protezione effettiva al soggetto passivo del reato.

b) Il soggetto passivo è la persona che lavora, sia essa nazionale o straniera, e tale termine non deve essere inteso nella sua accezione strettamente giuridico-lavorativa (art. 1 ET), ma da un punto di vista ampio.

c) Il bene giuridico tutelato è un insieme di interessi concreti e generali che incidono sul l'indennità del rapporto di lavoro nel l'ambito del mercato del lavoro. Si intende per traffico l'intermediazione irregolare del lavoro, compresi l'addebito dei servizi di intermediazione del lavoro ai lavoratori e la cessione illegale di lavoratori, su base regolare o continuativa e in violazione del diritto del lavoro in materia di cessione di manodopera che colpisce due o più soggetti.

d) nelle sentenze sul traffico illegale di manodopera esaminate, gli organi giudiziari competenti in materia penale tengono maggiormente conto della situazione di vulnerabilità del soggetto passivo, del suo sradicamento, della sua situazione economica e della sua situazione giuridica, tra l'altro, per dimostrare la propria impotenza nei confronti del trafficante; interpretano inoltre che questo

possibile rischio non deve concretizzarsi, ma deve essere possibile, Tuttavia, gli ultimi pronunciamenti giudiziari in materia si concentrano più sull'esistenza certa di un pericolo reale ed effettivo che sulla sua ipotetica esistenza; interpretazione che non condividiamo.

e) Questi elementi lesivi non coincidono con le caratteristiche fondamentali delle infrazioni amministrativo-lavorative tutelate nell'ordine penale, vale a dire con l'intermediazione o il collocamento irregolare e la cessione illegale di manodopera. Pertanto, il reato deve essere inteso come una situazione in cui, oltre a violare i diritti dei lavoratori, essi ledono anche l'interesse dello Stato a proteggere il mercato del lavoro.

f) l'intento di lucro, quale risulta dalle sentenze sul traffico illegale di manodopera esaminate, non è una questione rilevante per la maggior parte degli organi giudiziari nel determinare l'esistenza di un reato; interpretazione che non condividiamo. Dal nostro punto di vista, il traffico è un fatto commerciale, economico, in cui c'è sempre questo spirito nel soggetto inadempiente.

g) Per quanto riguarda i reati amministrativi, tale lucro deriva dalla riscossione da parte della persona impiegata per la realizzazione dell'azione di intermediazione o, per cessione illegale di manodopera, violando le norme del lavoro al fine di risparmiare sui costi di produzione in modo regolare o continuativo, il che comporta logicamente benefici economici. In caso contrario, tale azione non potrebbe essere considerata "traffico". L'esigenza di perseguire un fine di lucro costituisce un ulteriore elemento per stabilire l'illegittimità del fatto e riteniamo pertanto che tale violazione, nei casi più gravi, debba essere nota alla giurisdizione penale. L'intento lucrativo di agire del soggetto attivo, normalmente accompagnato dalla situazione di vulnerabilità del soggetto passivo, favorisce l'accettazione da parte di quest'ultimo di condizioni abusive, dovrebbe essere l'elemento da considerare per stabilire la linea di demarcazione tra ordine sociale e penale.

h) Riteniamo inoltre che l'azione tipica debba ricadere su due o più lavoratori, nel frodare la sicurezza sociale.



i) Riteniamo necessario il rispetto dei requisiti di idoneità e di continuità nel l'agire del soggetto attivo. In tali azioni illecite, l'esistenza o il persistere della violazione non deve costituire un elemento aggravante della sanzione amministrativa-lavorativa, ex art. 39.7 LISOS, ma un elemento di differenziazione fondamentale tra semplice reato amministrativo-lavorativo e reato.

j) l'infrazione amministrativa dovrebbe essere riservata alle infrazioni lievi o imprudenti in cui il soggetto non esercita l'azione in modo continuativo; non percepisce alcun beneficio economico dalla sua azione né la realizza su una pluralità di soggetti.

k) L'interpretazione data dagli organi giudiziari spagnoli è analoga a quella data dal codice penale italiano all'art. 603 bis e segg. In Italia viene segnalata con precisione l'intermediazione illecita con sfruttamento della vittima. Tuttavia, in Spagna, la protezione per i lavoratori è più forte, in quanto da un lato la tratta di esseri umani a fini di sfruttamento del lavoro (177 bis CP) e, dall'altro, il traffico illegale di manodopera (312.1 CP).

10. A nostro avviso, talune infrazioni amministrativo-lavorative non sono correttamente configurate, essendo inadeguate la loro qualificazione e la loro graduazione come gravi e devono esserlo come molto gravi. L'errata configurazione delle violazioni del diritto del lavoro può avere un impatto negativo sul rapporto di lavoro, con gravi conseguenze, come dimostrato dal presente studio, in quanto riguarda non solo gli interessi del lavoro, ma all'economia e all'interesse generale.

11. In materia di ETT, a nostro avviso, il reato di lavoro suscettibile di integrare il tipo penale è quello contemplato dall'art. 18.3 e) LISOS, dove la cessione di lavoratori con contratto temporaneo ad un'altra ETT o ad altre imprese per essere successivamente ceduta a terzi è considerata infrazione amministrativa molto grave.

12. Attualmente è vietato alle persone che lavorano percepire una retribuzione per i servizi di intermediazione, il che, a nostro avviso, potrebbe incorrere in un traffico illegale di manodopera se ricorrono gli altri requisiti di cui sopra.

13. La formazione giuridica e penale dei soggetti coinvolti nella lotta efficace contro il traffico illegale di manodopera riveste grande importanza, in particolare alle persone che fanno parte delle forze di sicurezza dello Stato, essendo le prime ad avere dati su fatti che potrebbero costituire un traffico illegale di manodopera.

14. Sulla base dei dati forniti nel corso delle interviste e di cui si tiene conto nella parte relativa alle questioni metodologiche della presente indagine. Riteniamo che sarebbe opportuno aggiornare la formazione dei professionisti legati a situazioni di traffico illegale di manodopera.

15. Dobbiamo notare che, giustamente, il Corpo Nazionale di Polizia ha una sezione di Indagine sulla Sicurezza Sociale. Tuttavia, l'altro corpo di sicurezza dello Stato, la Guardia Civil, che fornisce i suoi servizi nella maggior parte del territorio nazionale, non dispone di una sezione come quella del CNP. Riteniamo necessaria la creazione di un'unità o di una sezione analoga a quella del CNP nella Guardia Civil.

16. Sarebbe opportuno rivedere questa situazione, poiché le frodi nel campo della sicurezza sociale e, per estensione, le infrazioni in materia di lavoro non rientrano nella competenza esclusiva del CNP e, a causa della mancanza di risorse e della disponibilità di professionisti qualificati e qualificati per indagare su tali infrazioni, si dovrebbe istituire una sezione o un'unità di sicurezza sociale nella Guardia Civil. Ciò migliorerebbe la prevenzione e l'esito delle indagini relative alla lotta contro il traffico illegale di manodopera, e faciliterebbe una più efficace repressione dei reati contro i diritti dei lavoratori.

17. La Spagna ha approvato nel 2012 il "Piano di lotta contro l'occupazione irregolare e le frodi nel settore della sicurezza sociale", che è continuato nel 2013 con la firma del "Convenzione di collaborazione tra il ministero dell'Occupazione e della sicurezza sociale e il ministero dell'Interno relativa al coordinamento tra l'ispettorato del lavoro e della sicurezza sociale e le forze dell'ordine; in materia di lotta contro l'occupazione irregolare e le frodi nel settore della sicurezza sociale e, nel 2015, è stato firmato il "Convenzione di partenariato tra il ministero dell'Interno e il ministero dell'Occupazione e della sicurezza sociale per la lotta contro la frode e la criminalità economica nel settore della sicurezza sociale". I risultati ottenuti nell'attuazione del piano di lotta contro l'occupazione irregolare e

le frodi nel settore della sicurezza sociale, approvato con accordo del Consiglio dei ministri il 27 aprile 2012, per gli anni 2012 e 2013, ha avviato la seconda parte del piano per gli anni 2014-2017. Tuttavia, dopo tale anno, la relazione annuale sull'attività svolta dall'ITSS non è stata pubblicata. L'elaborazione di piani e la firma di convenzioni da parte dello Stato spagnolo è un passo importante e necessario, ma insufficiente perché in essi si possono fare molte dichiarazioni d'intenti, ma senza una dotazione coerente di mezzi materiali e personali non si possono materializzare e rispondere alle nuove realtà emergenti nella società attuale, per cui tali intenzioni non otterranno i risultati attesi e desiderati.

18. Riteniamo inoltre necessaria una sezione della Procura specializzata in reati contro i rapporti di lavoro e la sicurezza sociale che si occupi, tra l'altro, dei reati per traffico illegale di manodopera. Attualmente tale competenza spetta alla sezione per gli stranieri del pubblico ministero, il che è inappropriato in quanto non si tratta di un crimine esclusivo contro persone straniere.

19. Una maggiore specializzazione eviterebbe che presunti traffici illeciti di manodopera siano indagati come presunti casi di tratta di esseri umani a fini di sfruttamento del lavoro.

20. Infine, proponiamo la modifica del tipo penale di traffico illegale di manodopera di cui all'art. 312.1 CP. La tipizzazione deve contenere in modo preciso le infrazioni di diritto del lavoro che devono essere sanzionate penalmente. Tali violazioni del diritto del lavoro sono la cessione illegale di manodopera e l'intermediazione irregolare del lavoro a scopo di lucro a spese del lavoratore, in modo regolare o continuativo e in frode nei confronti della previdenza sociale. Occorre inoltre stabilire, nella formulazione del tipo penale, che il comportamento si verifica quando l'azione del soggetto attivo ricade su due o più soggetti passivi. Alla luce delle considerazioni che precedono, proponiamo la seguente formulazione: "Chi cede illegalmente o intermedie nel rapporto di lavoro, in modo abituale o continuativo, una somma finanziaria a spese dei lavoratori, eludendo il pagamento dei contributi previdenziali, a condizione che tali azioni riguardino due o più lavoratori e che l'importo delle quote frodate sia superiore a 50000 EUR, è punito con una pena detentiva compresa tra i due e i sei anni e un'ammenda di sei volte la suddetta pena".



## BIBLIOGRAFÍA

- ABBOT, A. *The System of Professions. An Essay on the Division of Expert Labour*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. “Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo”, *Jueces para la Democracia*, nº. 22, 1994.
- AGUILERA IZQUIERDO, R., CRISTÓBAL RONCERO, R., GARCÍA PIÑEIRO N. P. y DE NIEVES NIETO, N., *Estatuto de los Trabajadores, Edición conmemorativa del 25 aniversario con texto inicial y texto vigente*, con la colaboración de la Subdirección General de Informes Socioeconómicos y Documentación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2005.
- ALBIOL MONTESINOS, I., GOERLICH PESET, J.M. y CAMPS RUIZ, L. M., *La reforma laboral de 1997*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1963.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario”, *Trabajo y Derecho*, nº. 37, 2018.
- ANDREU ABELA, J., *Las técnicas de análisis de contenido: Una revisión actualizada*, Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2002, <http://public.centrodeestudiosandaluces.es/pdfs/S200103.pdf>, en línea, 20 junio 2019.
- ANGUERA, M<sup>a</sup>. T., “La observación”, en MORENO ROSSET, C. (Ed.), *Evaluación psicológica. Concepto, proceso y aplicación en las áreas del desarrollo y de la inteligencia*, Sanz y Torres, Madrid, 2005.

- ANGUERA, M<sup>a</sup>. T., “Posibilidades y relevancia de la observación sistemática por el profesional de la Psicología”. *Papeles del psicólogo*, vol. 31, nº. 1, 2010.
- APARICIO TOVAR, J., *La seguridad social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989.
- APARICIO TOVAR, J. Y BAYLOS GRAU, A., *Autoridad y democracia*, Trotta, Madrid, 1992
- ARCE, M. G. “La profesionalización del recurso humano policial. Aspectos curriculares que se deben contemplar”, *Revista Educación*, vol. 32, nº.1, 2008.
- ARNALTE ALEGRE, E., “Modos de producción en la agricultura española”, *Revista de estudios agrosociales*, nº. 137, 1986.
- ARROYO ZAPATERO, L. A., *Manual de Derecho penal del trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988.
- AVELING, J., “La función de los servicios públicos de empleo en las condiciones actuales del mercado de trabajo”, en *Jornadas Europeas sobre Servicios Públicos de Empleo y Política de Empleo: Madrid, 12-16 diciembre 1983*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.
- BACCHINI, F., *Il contratto d'appalto e il contratto d'opera in azienda e in cantiere. La sicurezza sul lavoro*, CEDAM, 2001.
- *Lavoro intermittente, ripartito e accessorio. Subordinazione e nuova flessibilità*, IPSOA, Milán, 2009.
  - “Il nuovo reato di cui all'art. 603 bis c.p.: intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera”, *L'Indice penale*, Vol. 14, nº. 2, 2011, pp. 645-658.
- BARBERA, M., “Noi siamo quello che facciamo. Prassi ed ética dell'impresa postfordista”, *Giorn. dir. Lav. Rel. Ind.*, nº. 144, 2014.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”, *REDT*, nº. 94, 1999.

- BAS-PEÑA, E. "Educación Social y formación en drogodependencias", *Health and Addictions/Salud y Drogas*, vol. 14, nº.1, 2014, pp. 71-83.
- BAS-PEÑA, E., CAMPILLO DÍAZ, M. y SÁEZ CARRERAS, J. *La Educación Social: Universidad, Estado y Profesión*, Laertes, Barcelona, 2010.
- BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo. Modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1998.
- *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, 2ª Edición revisada, Trotta, Madrid, 1997.
- BELLO-MONTES, C. "Nuevos desafíos de los cuerpos policiales en un mundo globalizado", *Criminalidad*, vol. 54, nº. 2, 2012.
- BOLTAINA I BOSCH, X., "Empleo precario y conflictos jurídicos en las administraciones públicas locales y autonómicas", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, vol. 52/53, 2005.
- BOYER SALVADOR, M., "The need for institutional reform and flexibility of supply", A Symposium Marking the Twenty Fifth Anniversary of the OECD, *Interdependence and Co-operation in Tomorrow's World*, OECD, 1987, <https://www.oecd.org/futures/38301049.pdf>, en línea, 25 marzo 2019.
- BRANDARIZ GARCIA, J. A., *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis de Estado-Nación*, Comares, Granada, 2011.
- CABERO MORAN, E., "El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020: objetivos y medidas", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad laboral*, 2018.
- CALVO GALLEGO, F. J., *Colocación y servicios de empleo*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.

- CARINCI, F. DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T., *Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, 5ª ed., UTET, Torino, 2003.
- CARBONELL MATEU, J. C. & GONZALEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en VIVES ANTON, T.(coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARBONNIER, J., *Derecho flexible, Para una sociología no rigurosa del Derecho*, traducción y prólogo de DIEZ PICAZO, L., Tecnos, Madrid, 1974.
- CARNELUTTI, F., *Metodologia del diritto*, CEDAM, Padova, 1990.
- CASAS BAAMONDE, M. E. & PALOMEQUE LÓPEZ, C., “La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº.1, 1994.
- “El reconocimiento de otros intermediarios en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, en BAYLOS GRAU, A., (coord.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- CAVAS MARTINEZ, F., “La contratación temporal como medida de fomento de empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 31, julio-septiembre, 1987.
- “El convenio núm. 181 de la OIT (RCL 1999, 2343) sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº.5, 2000.
- “El Derecho Social ante la crisis”. *Aranzadi social*, nº. 19, 2009.
- “Infracciones y sanciones en materia de seguridad social”, CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (dir.), *Infracciones y sanciones en el orden social: régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2009.



- “La contratación administrativa de servicios como mecanismo de huida del Derecho del trabajo”. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 185, 2016.

- “La determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios, en LÓPEZ BALAGUER, M. (coord.), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, 2018.

- “La contratación laboral en el campo y sus excepciones: los familiares del cultivador, el intercambio de servicios amistosos y el cultivador personal directo”, en LOPEZ INSUA, B. M., PERAN QUESADA, S. (coord.), MONEREO PEREZ, J. L. (dir.), ARIAS DOMINGUEZ, A. (dir.), GORELLI HERNANDEZ, J. (dir.), VILA TIERNO, F. (dir). *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019.

- *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019.

CAVAS MARTINEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J., *Relaciones laborales y Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 2005.

CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, *El control de los flujos migratorios hacia España: situación actual y propuestas de actuación*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006.

CORREA CARRASCO, M., “La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012.

CRUZ VILLALON, J., “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”, Comunicación presentada XVIII Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 5-8 septiembre, Paris, 2006. <http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/SpainSpanish-Villalon.pdf>

- “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, nº. 132, 2016, pp. 73-121.

- “Aspectos jurídicos de la reconversión industrial”, en DURAN LOPEZ, F., (ed.), *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983.

CRUZ VILLALÓN, J., (dir.), GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. (dir.), MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2016.

CUESTA PASTOR, P. *Delitos Obstáculo. Tensión entre Política Crimininal y Teoría del Bien Jurídico*, Comares, Granada, 2002.

D’ANTONA, M., “L’anomalia postpositivista del diritto del lavoro e la questione del metodo en Il metodo nella ricerca civilistica”, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, nº. I-2, 1990.

DAUNIS RODRIGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE AZCÁRATE, G., MARICHALAR, L. y EZA, M., *Estudios sociales. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos*, Madrid, 1933.

DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

DE LA VILLA, L. E., “Empleo y crisis económicas”, en *Jornadas sobre el empleo en la Crisis Económica*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982.

DE LUCA TAMAYO R., y VENTURA, L., *Il Diritto del Lavoro nell’emergenza*, Jovene, Napoles, 1979.

DE RUGGIERO, G., *El concepto del trabajo y su génesis histórica*, La Pleyade, Buenos Aires, 1973.

DE SOTO RIOJA, S., LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., PÉREZ GUERRERO, M. L., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “La descentralización productiva en

el estatuto de los trabajadores: regulación y desregulación”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y PÉREZ GUERRERO, M. L. (coords.), *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*, Mergablum, Sevilla, 2006.

DEL POZO SEN, A., “La estrategia Europa 2020 en España: el fracaso del empleo”, *Revista de Información Laboral*, nº. 2, 2017.

DURAN, F., MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

DUVERGER, M., *Introducción a la Política*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1976.

ELORZA-GUERRERO, F. y MARÍN ALONSO, I., “El papel de la Inspección de Trabajo en la formalización del trabajo de los trabajadores de edad”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT: comunicaciones*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2019.

ESPOSITO, G. M<sup>a</sup>., “Contratto d'appalto dei servizi legali e contratto d'opera professionale. Il diverso regime di affidamento”, *Teoría e storia del diritto privato*, nº. 11, 2018.

ESTEVE-SEGARRA, M<sup>a</sup>. A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios: una contribución al debate”, *Revista de derecho social*, nº. 77, 2017.

- “La actuación de la inspección de trabajo frente a la precariedad laboral en empresas multiservicios”, *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, nº. 221, 2019, pp. 35-68.

FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FERNANDEZ GARCÍA, A., “Aplicaciones móviles para buscar empleo: aspectos jurídico-laborales”, en TODOLI SIGNES, A. (dir.) y HERNÁNDEZ-

BEJARANO, M. (dir.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.

FERRANDO GARCÍA, F. M., “Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar”, *Foro de Seguridad Social*, nº. 20, 2008.

- “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de derecho social*, nº. 61, 2013.

- “Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 177, 2015.

- “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº. 399, 2016.

FERNANDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar, en FERNANDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F., (coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La inspección de trabajo frente al fraude en las prestaciones de seguridad social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2012.

- “Comentarios a las medidas de mejora en la empleabilidad y estabilidad de los trabajadores, contenidas en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre de 2013”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2014.

- “Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 222, 2019.

- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. y SEMPERE NAVARRO, A. V., “Emprendedores y reformas laborales”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 6, no 8, 2013.
- FLICK, U. *Qualitative research designs. Designing qualitative research*, Sage Publications, California, 2007.
- FOUCAULT, M. *La arqueología del saber*, Siglo XXI, Madrid, 1994.
- FREIDSON, E. *Professionalism. The third logic*, Polity Press, Cambridge, 2001.
- FROMM, E., *Marx y su concepto del hombre*, 3ª reimpresión, Fondo de cultura económica, México, 1970.
- FUENTES OSORIO, J. L., “¿El legislador penal conoce la Normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el Administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016.
- GALIANA MORENO, J., *Orden económico y ordenamiento laboral*, Discurso leído en la Solemne apertura del Curso Académico 1984-1985, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1984.
- GARCÍA MURCIA, J., “Cesión de trabajadores”, BORRAJO, E. (dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1988.
- “La reforma laboral de 1997”, *Revista jurídica de Asturias*, nº. 21, 1997.
- GARCIA PERROTE-ESCArtÍN, I., (coord.), *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación colectiva para el año 2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- GARCÍA SOLANA, M. J., *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral (2010-2016): el caso del servicio público de empleo estatal y agencias de colocación*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, <https://eprints.ucm.es/49542/>, en línea, 15 marzo, 2019.

- GARGARELLA, R., “El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº. 15, nº 25, 2011.
- GAUTHIER, G., “El derecho laboral ante el reto de la economía compartida: apps, smartphones y trabajo humano”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 19 (37), 2016.
- GEE, J.P., *La ideología en los discursos*, Morata, Madrid, 2005.
- GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *Actualidad laboral*, nº, 1, 2001.
- GOLDIN, A., “La libertad sindical y las iniciativas voluntarias; el caso de Jerzees de Honduras”, en GORELLI HERNANDEZ, J., (coord.), *El Derecho a la negociación colectiva” Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Colección Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, Sevilla, 2014.
- “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (dirs.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Crítica a la flexiseguridad”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 16, 2013.
- “La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva”, en GORELLI HERNÁNDEZ J. y MARÍN ALONSO, I., (Coords.), *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2013.
- GONZALEZ SEARA, L., “Las reformas laborales”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº. 88, 2011.
- GUILLÉN, M. F. “Profesionales y burocracia: desprofesionalización, proletarización y poder profesional en las organizaciones complejas”, *Reis*, nº. 51, 1990.

- GUIRAO SORIANO, P., “La protección penal de los derechos del socio. Crítica y derecho comparado”, en *III Jornadas doctorales de la UM*, EDITUM, Murcia, 2017.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación en el acceso al empleo de los trabajadores de edad: reflexiones a propósito del papel de la intermediación laboral”, en FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. y MELLA MÉNDEZ, L. (dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. II, Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud: España, Portugal, Francia, Italia, Brasil*, Peter Lang, Suiza, 2017.
- HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. & BAPTISTA, P., *Metodología de la investigación*, McGraw Hill, Ciudad de México, 2010.
- HERNANDEZ GIL, A., “Metodología de la ciencia del Derecho”, *Obras completas*, vol. V, Espasa Calpe, Madrid, 1988.
- HIERRO HIERRO F. J., “La compleja delimitación de la frontera entre un caso de descentralización productiva lícita -la contrata- y la cesión ilegal de trabajadores: tres supuestos de cesión ilegal. Comentario a las SSTSJ Asturias 10 septiembre 2004 (AS 2005, 206), País Vasco 21 diciembre 2004 (AS 2005, 209) y Comunidad Valenciana 13 enero 2005 (AS 2005, 207)”, *Aranzadi social*, nº. 1, 2005.
- HUBERMAN, M. & MILES, M., “Manejo de datos y métodos de análisis”, DEZIN, N.K. y LINCOLN, Y. S., *Handbook of Qualitative Research*, Sage Publications, California, 1994.
- HUBERMAN, A. M., MILES, M. & SALDANA, J., *Qualitative data analysis: A methods sourcebook*, Sage Publications, California, 2014.
- IHERING, R.V., *La lucha por el Derecho*, Comares, Granada, 2008.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en DEL REY GUANTER, S., (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley – Wolters-Kluwer, Madrid, 2008.

KVALE, S. & BRINKMANN, S., *Interviews: Learning the craft of qualitative research interviewing*, US: Sage Publications, Thousand Oaks, CA, 2009.

LARSON, M. S. *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*. University of California Press, Berkeley, 1977.

LASCURIAIN SANCHEZ, J. A., “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta”, *ADPCP*, vol. LVII, 2004.

LESMESS ZABALEGUI, S., “Contratación pública y discriminación positiva. Clausulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, nº. 13, 2005.

LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C., “Nuevo contexto económico mundial y resquebrajamiento de los pilares tradicionales del derecho del trabajo”. *Aranzadi social*, nº. 5, 2001.

- *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia, 2003.

- “Precisando conceptos: autónomo, empresario y emprendedor”, en FARIAS BATLLE, M & FERRANDO GARCÍA, F. M. (coord.) *Fomento del trabajo autónomo y de la economía social: especial referencia a las novedades introducidas por la ley 31/2015, de septiembre*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

- “Nuevas reglas de concurrencia de convenios colectivos y devaluación de las condiciones laborales en España”, *Revista de derecho social*, nº. 65, 2014.

- “Descuelgue del convenio colectivo y cambio de unidad aplicativa (2012): una interpretación acorde con el modelo constitucional”, *Relaciones Laborales*, nº. 4, Sección Doctrina, Año 30, tomo 1, 2014.

- “Externalización de servicios y negociación colectiva descentralizada: herramientas combinadas para la devaluación de las condiciones laborales y el aumento de las situaciones de pobreza”, *Comunicación*



presentada al *Congreso Interuniversitario sobre el Futuro del Trabajo Centenario de la OIT*, Sevilla, 2019.

LÓPEZ BALAGUER, M., *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: Aspectos individuales y colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

LÓPEZ LÓPEZ, J., *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Marcial Pons, Barcelona, 2001.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C., "La negociación colectiva en las empresas multiservicios: concurrencia de convenios colectivos", *RTSS. CEF*, nº. 436, 2019.

LUJÁN ALCARAZ, J., "El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 58, 2005.

LUJÁN ALCARÁZ, J. y SELMA PENALVA, A., "Infracciones y sanciones en materia de relaciones laborales", en CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (dir.), *Infracciones y sanciones en el orden social: régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2009.

LYON-CAEN, G., "La crise du Droit du travail", GAMILLSCHLEG, F., *In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, CH Beck'Sche, Munich, 1980.

MAESO SECO, L. F., "Clases de empleados públicos", en SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.), *Régimen jurídico de la función pública*, Lex Nova, Valladolid, 2013.

MARÍN ALONSO, I. y IGARTUA MIRÓ, M. T., "Reflexiones en torno a la negociación colectiva en los grupos de empresa: legitimación y concurrencia de convenios", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº1, 2001.

MARÍN ALONSO, I., “Institucionalización de la política de empleo en el ámbito local”, en *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.

- “El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España”, *Revista latinoamericana de derecho social*, nº 23, 2016.
- “El empleador «complejo»: legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios en los grupos y redes empresariales”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2017, nº 5.
- “Modernización del empleo público y crisis económica: El incremento de abusos en la contratación temporal y la nueva figura del “funcionario interino temporalmente indefinido”, *Revista Derecho social y empresa*, nº 11, 2019.

MARTÍN MARÍN, B., *Métodos de investigación y análisis de datos en ciencias sociales y de la salud*, Pirámide, Madrid, 2011.

MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”, en BORRAJO, E., (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1982.

- “Cesión de trabajadores”, en BORRAJE, E., (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1982.
- “El Derecho del Trabajo de la crisis en España”, *Revista Española de derecho del Trabajo*, nº. 26, abril-junio 1986.
- “La supresión del monopolio público de la colocación”, en AEDTSS (ed.), *Reforma de la legislación laboral*. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García, Madrid, 1995.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 28ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales acceso al empleo y protección social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.

MARTINEZ BUJAN-PEREZ, C., *Derecho Penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas*, Fundación Confemetal, Barcelona, 1998.

MARTÍNEZ MARÍN, A., *Estudio sistemático del derecho administrativo*, Thompson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.

MARTINEZ MORENO, C., “Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las Administraciones Públicas: algunos ejemplos de las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo asalariado”, en VV.AA., *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, CGPJ, Madrid, 2008.

- “El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno”, en MORENO I GENÉ, J. (dir.), FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2017.

- “Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2018.

MARX, K., *Crítica al Programa de Gotha, Obras Escogidas*, Tomo III. Preso, Moscú, 1974.

- MARZAL, A., *Crisis del estado del bienestar y derecho social*, José María Bosch, Barcelona, 1997.
- MASSOT LAFON, I., DORIO ALCARAZ, I. y SABARIEGO PUIG, M., *Métodos de investigación cualitativa. Metodología de la investigación educativa*, La Muralla, Madrid, 2009.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Disrupción tecnológica, robótica y nuevas formas de trabajo”, *Diálogos jurídico: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, nº. 2, 2017.
- MESTRE DELGADO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros, Manual de Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.
- MILES, M. B. & HUBERMAN, A. M., “Qualitative data analysis: A sourcebook of new methods”, HUBERMAN, A. M., MILES, M. & SALDANA, J., *Qualitative data analysis: a sourcebook of new methods*, Sage publications, California, 1984.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal (parte general)*, 10ª ed, Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Relaciones laborales, política de empleo y contratación pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº. 302, 2008.
- “Libertad de empresa, seguridad en el empleo y subrogación adaptativa: a propósito del “desregulador” nuevo régimen de la estiba”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 411, 2017, pp. 105-124.
- MOLOEZNİK, M. P. “Reflexiones y recomendaciones sobre el subsistema policial mexicano”, *Revista Sufragio*, nº. 4, 2010, pp. 123-132, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio>
- MONCLÚS MASÓ, M., “La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta”, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº. 94, 2001

MONEREO PÉREZ, J. L., *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, Granada, 1988.

- *Concertación y dialogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

- *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, El Viejo Topo, Barcelona, 2013.

- “La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 2, 2016.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “La reforma laboral: sentido político- jurídico y técnico”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (dirs. y coords.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S., “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva, en La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos laborales y de seguridad social*, Comares, Granada, 2018.

MONTES BERNÁRDEZ, R., “La matanza de almerienses, murcianos y alicantinos en Khalfalah (Saida, Argelia), en 1881”, *Murgetana*, 2011, nº. 124.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo y crisis económica*, Temis, Bogotá, 1990.

- “Crisis económica y reforma laboral en España”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), LUJÁN ALCARAZ, J. (dir.), *Crisis económica, reformas laborales y protección social: homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 2014.

- *Derecho del Trabajo*, 40ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

- MONTOYA MELGAR, A. y ALONSO OLEA, M., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- MONTOYA MELGAR, A. y CAVAS MARTINEZ, F., *Comentario a la reforma laboral de 2010*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011.
- MONTOYA MELGAR, A. y CRISTOBAL RONCERO, R., *Comentario a la Ley de Empleo (Ley 56/2003)*, Civitas, Madrid, 2003.
- MORILLAS CUEVA, L. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- (dir.), *Estudios sobre el código penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
  - “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª. ed., Dykinson, Madrid, 2016.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D., “Configuración actual del principio de justicia universal”, *Cuadernos de política criminal*, nº 91, 2007.
- “Víctimas especialmente vulnerables y Ley Orgánica 1/2004”, en JIMÉNEZ DÍAZ, J. Mª. (coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, 2009.
- MULAS GARCÍA, A., “Los pactos sociales españoles. De la Moncloa al Acuerdo Interconferencial 1983”, *Documentación Laboral*, nº 7, enero-marzo, 1983.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº. 94, 2001, <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-05.pdf>

- *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas: régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

- “El derecho de corrección: Un análisis penal de sus claves”, en SUÁREZ LÓPEZ, J. M<sup>a</sup>, BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>. J. y SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E., (coord.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2018.

NAVAJAS RAMOS, L., “Policía judicial: composición, funciones y principios de actuación. Unidades orgánicas de la Policía Judicial: su dependencia funcional orgánica”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº. 13, 1999.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato por voluntad del trabajador (en torno al artículo 50)”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº. 100, 2000.

NOUSCHI A., “C. R. AGERON, Les Algériens musulmans et la France (1871-1919)”, *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, Vol., I, 30-4, 1975, pp. 868-876, [https://www.persee.fr/doc/ahess\\_0395-2649\\_1975\\_num\\_30\\_4\\_293647\\_t1\\_0868\\_0000\\_001](https://www.persee.fr/doc/ahess_0395-2649_1975_num_30_4_293647_t1_0868_0000_001) , en línea, 20 febrero 2019.

OLARTE ENCABO, S., “Calidad de los servicios públicos y estándares laborales. Especial referencia a seguridad y salud laboral ya conciliación familiar”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº. 135 (Ejemplar dedicado a: Las especialidades Laborales de la participación de la Iniciativa Privada en la Actuación Pública), 2016.

OLMO GASCÓN, A. M., “Contractualidad laboral y empresas de trabajo temporal”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº. 39, 1996.

-“El marco normativo de la cesión ilegal de trabajadores como referente y origen del tráfico ilegal de mano de obra”, *VLex*, 2016, p. 24, <http://vlex.com/vid/marco-normativo-cesion-ilegal-679296353>.

ORTIZ GONZALEZ-CONDE, F.M., “Artículo 20”, *e-Revista internacional de la protección social*, vol. 1, nº. 2, 2016, <http://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/48/107>

ORTIZ FONT, E., “La descentralización productiva y la cesión ilegal de trabajadores. El papel desempeñado por la ITSS en el deslinde de ambos fenómenos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº.128, (Ejemplar dedicado a: Derecho del Trabajo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social), 2017.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C., *La reforma laboral de 1997*, Praxis, Barcelona, 1997.

PARDELL VEÀ, A. y CABASÉS PIQUÉ, M. A., “Crisis económica y reforma laboral”, en PEREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (dirs.), *Balance de la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2016.

PARSONS, T. “Remarks on Education and the professions”, *International Journal of Ethics*, 47, 1937.

PASQUARELLA, V., “Appalto e sicurezza sul lavoro tutele legislative e rimedi giurisdizionali”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, vol. 58, nº Extra 2, 2007.

PAZ AREZ, C., “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)”, *Anales de Derecho Civil*, Tomo XXXIV, III, julio-septiembre, 1981.

PEDRAJAS MORENO, A. SALA FRANCO, T. y VALDES DA RÉ, F., *La reforma laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.



- PÉREZ-CHIRINÓS CHURRUCA, V., “El Meu currículum no és brossa: mecanismes d'atribució de la responsabilitat de la precarietat laboral”, *Revista Catalana de Sociologia*, nº. 30, 2015.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La política de reconversión española como política neocorporativa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 42, abril-junio 1990.
- “La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja”, *Relaciones Laborales*, nº. 1, 1991.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “Empresas multiservicios y condiciones de trabajo: salario, jornada y temporalidad”, *Revista de Información Laboral*, nº. 5, 2018.
- PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- PÉREZ GONZÁLEZ, S., *Desestructuración laboral y protección penal del empleo: una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, Iustel, Madrid, 2018.
- PÉREZ GUERRERO, M. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº. 58, 2005.
- “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº.128, (Ejemplar dedicado a: Derecho del Trabajo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social), 2017.
- PÉREZ SERRANO, G., *El análisis de contenido de la prensa. La imagen de la Universidad a Distancia*, UNED, Madrid, 1984.

POLIDORI, S., “L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell’appalto proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi”, *Rassegna di diritto civile*, nº. 2, 2016.

PRECIADO DOMENECH, C. H., “El derecho a la protección de los datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril”, *Thosom Reuters Aranzadi*, Cizur Menor, Navarra, 2017.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español (parte especial)*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RAPLEY, T., *Los análisis de la conversación, del discurso y de documentos en investigación cualitativa*, Madrid, Morata, Colección Investigación Cualitativa, 2014.

RICCA, S., *Los servicios de empleo*, OIT, Ginebra, 1983.

- “Modelos alternativos de servicios de empleo: aspectos institucionales”, en *Jornadas Europeas sobre servicios públicos de empleo y políticas de empleo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.

- “The changing role of public employment services”. *International Labour Review*, Vol. 127, nº. 1, 1988, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/intlr127&div=11&id=&page=>, en línea 20 junio 2019.

RIVERO LAMAS, J., (coord.), *La flexibilidad laboral en España*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993.

- “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo” en AEDTSS, *X Congreso Nacional Español de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, J. “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 1994, nº. 31.

RODRÍGUEZ EGÍO, M. M., “La seguridad y salud de los trabajadores en el marco de la descentralización productiva”, en VALENCIA SÁIZ, A. (Coord.), *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho*, Grupo Eumed.net, 2014, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/seguridad-trabajadores.html>.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2012.

- “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº. 21, 2019.

- “Colaboración privada en el Servicio Público de Colocación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº. 10, 2013.

RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº. 2, 2009.

- “Sobre el régimen laboral de la prestación de servicios de manipulación portuaria”, en CABEZA PEREIRO, J. y FERNANDEZ DOCAMPO, B. (coord.), *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Bomarzo, Albacete, 2018.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Derecho del Trabajo y concertación social como instrumentos de la política de empleo”, *Jornadas técnicas sobre Concertación social y Empleo*, Madrid, 1981.

- *Las empresas de Trabajo Temporal en España: comentarios a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

RODRIGUEZ RAMOS, P. *La cesión ilegal de mano de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995.

- “El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro”, *Temas Laborales* nº. 142, 2008.

- ROJAS RIVERO, G. P., “Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en empresas multiservicios”, en XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid, Cinca, 2018.
- ROMAGNOLI, U., *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- “Illeciti in materia di lavoro e nuove prospettive zancionatorie”, *Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1977.
  - “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía” en LOPEZ LOPEZ, J. (coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador: homenaje a Massimo D'Antona*, Marcial Pons, 2001.
  - “Para una historia de la cultura jurídica”, en BAYLOS GRAU, A., *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- ROXIN, C., *Problemas básicos de Derecho penal*, traductor LUZÓN PEÑA, D. M., Reus, *Colección: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros*, Madrid, 1976.
- SABARIEGO PUIG, M., “La investigación educativa: génesis, evolución y características”, BISQUERRA ALZINA, R., *Metodología de la investigación educativa*, La Muralla, Madrid, 2004.
- SABARIEGO PUIG, M. y VILÀ, R., y SANDÍN-ESTEBAN, M. P., “El análisis cualitativo de datos con ATLAS.ti”, *REIRE, Revista d'Innovació i Recerca en Educació*, Vol. 7, nº. 2, 2014, <http://www.ub.edu/ice/reire.htm>, en línea, 16 marzo 2018.
- SAEZ LARA, C. “Externalización productiva y tutela de los trabajadores”, *Documentación laboral*, nº. 107, 2016.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Medidas laborales y de Seguridad Social en la reconversión industrial”, *Documentación Laboral*, nº 12, abril-junio 1984.

- “La nueva configuración laboral de la empresa”, SAENZ DE MIERA, A, (coord.), *La universidad en la nueva economía. V Encuentro del Consejo de Universidades*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2002.
- SALENTO, A., “Somministrazione, appalto, organizzazione politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 28, nº. 111, 2006.
- SALINAS MOLINA, F., “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”, *Revista del Ministerio de Asuntos Sociales*, nº. 38.
- SANCHEZ AYUSO, M. y ANTUÑANO MARURI, I., *Crisis económica: hechos, políticas e ideas*, Pirámide, Madrid, 1981.
- SANCHEZ GARCÍA, A., “Las medidas correctoras del abuso de la temporalidad de los empleados públicos en España”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº. 23, 2019, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6282>
- SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: Un enfoque multidisciplinar*, Cincel, Madrid, 2008.
- SANGUINETI RAYMOND, W. y NOGLER, L. (pr.), *Redes empresariales y Derecho del trabajo*, Comares, Granada, 2016.
- SANTAYANA, G., *La vida de la razón o fases del progreso humano*, traducción de DE KOGAN, A. A., Tecnos, Barcelona, 2005.
- SANZ, A., “Las privatizaciones. Algunos aspectos generales”. *Cuadernos de relaciones laborales*, nº. 13. 1998.
- SCHÖN, D. *La formación de profesionales reflexivos: hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje en las profesiones*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

SELMA PENALVA, A., “El cada vez más amplio papel que las ETT desempeñan en la formación profesional de los trabajadores más jóvenes”, *Revista de Información Laboral*, nº. 3, 2015.

- “La prestación internacional de servicios a través de ETT”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016.

- “Los retos del derecho del trabajo en el siglo XXI: Propuestas de cambio en una época de transición”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 2018.

SEMPERE NAVARRO, A.V., *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio:(la reforma laboral de 2001)*. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2001.

SERRANO PASTOR, F. J., *Análisis de relatos. Cuentos pedagógicos, relatos educativos*, Murcia, Diego Marín, 1999.

SERRANO FALCON, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas: público y privado en la actividad de colocación*. Comares, Granada, 2009.

SIEGRIST, H. “Professionalization as a process: patterns, progression and discontinuity”, en BURRAGE, M. and TORSTENDAHL, R. (Eds.), *Professions in Theory and History: Rethinking the study of the professions*. Sage Publications, London, 1990.

SIGNORINI, E., “Trattamenti di Disoccupazione e Strumenti per L' inserimento e la Ricollocazione nel mercato del Lavoro in Italia”, en MONEREO PÉREZ, J. L., (dir.), *Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia*, Laborum, Murcia, 2016.

- “La riforma della protezione contro la disoccupazione e l'incentivo all'autoimprenditorialità in Italia aperture per il lavoro autonomo?”, en SIERRA BENÍTEZ, E.M., (dir.) y MELLA MÉNDEZ, L. (coord.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del*

*trabajo. III, Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo decente: España, Uruguay, Portugal, Brasil, Italia, Perú*, Peter Lang, Suiza, 2017.

- *Il Diritto del lavoro nell'economia digitale*, Giappichelli, Torino, 2018.

SOBRINO GONZÁLEZ, G. M., "El modelo de colocación español. Evolución y adaptación legislativa". *EKONOMIAZ. Revista vasca de Economía*, nº. 93, Dedicado a: Servicios Públicos de Empleo: Análisis y perspectivas, 2018.

SOLÀ MONELLS, X., "La imposición de límites máximos de edad en el acceso al empleo", *IUSLabor*, nº. 3, 2016, pp. 49-65.

SOLÍS-VILLANUEVA, R., ARAKAKI, M. y VALVERDE, C., "Inferencia de contexto en aplicaciones móviles inteligente", *Interfases*, nº. 6, 2013.

SUÁREZ CANO, P., *El Servicio Público de Empleo en España: ensayos desde una perspectiva regional*, Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, Departamento de Economía Aplicada, Oviedo, 2011, <https://www.tdx.cat/handle/10803/91066#page=1>, en línea, 19 enero 2019.

SUÁREZ GONZALEZ, F., *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Pirámide, Madrid, 1980.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Delitos contra el orden socioeconómico", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.), "Derecho Penal parte especial (Derecho Penal económico)", BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo IV, 1ª ed, Iustel, Madrid, 2012.

TRILLO PÁRRAGA, F., "Economía digitalizada y relaciones de trabajo", *Revista de derecho social*, nº. 76, 2016.

- *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017.

- VALLE MUÑIZ, J. M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, QUINTERO OLIVARES, G. (ed.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- VICECONTE, M., “Appalto e rapporto di lavoro subordinato: problematiche relative”, *Giurisprudenza Italiana*, nº. 1, 2018.
- VILAR RAMIREZ, J. B., “Los españoles en la Argelia Francesa (1830-1914)”, *Papeles de geografía*, nº. 15, 1989.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.
- VIÑAO FRAGO, A. *Sistemas educativos, culturas escolares y reformas: continuidades y cambios*, Morata, Madrid, 2000.
- WEIL, S., *La condición obrera*, Trotta, Madrid, 2014.