

# UNA NORMA PENAL PARA CASTIGAR LA RESISTENCIA A APLICAR LA LABORALIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS DEL REPARTO AL SERVICIO DE PLATAFORMAS DIGITALES. EL NUEVO ART. 311 , PÁRRAFO 2º, DEL CÓDIGO PENAL

ANTONIO BAYLOS GRAU

NET21 NÚMERO 12, FEBRERO 2023

En el marco de un amplio proceso legiferante en el que sobresale la reforma de una serie de artículos del Código Penal sobre los que la derecha y la derecha extrema había centrado sus tradicionalmente violentas críticas, en concreto respecto de la desaparición del delito de sedición y la reforma del de malversación, en conexión con el contencioso independentista que siempre sale a colación, la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, que tal es su largo título, se publicó en el BOE del 23 de diciembre de 2022.

En ella se ha incluido sin embargo un precepto penal de enorme interés y relevancia para los laboristas, la reforma del art. 311 del Código Penal (CP) mediante el añadido de un nuevo párrafo 2º a este precepto que sanciona a quienes impongan condiciones ilegales a las personas trabajadoras mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa. Pero para comprender bien el sentido y función de este precepto conviene recapitular un poco sobre el significado del supuesto de hecho al que se va a aplicar.

Hay que tener en cuenta que durante mucho tiempo el trabajo por cuenta propia se asimilaba a la pequeña propiedad. Se entendía que eran personas con medios suficientes de vida, patronos y bienestantes que se identificaban con una cierta posición favorable en el mercado que les llevaba además a mejorar su status mediante la contratación de una o dos personas a su servicio. De esta manera, el trabajo por cuenta propia era sinónimo de la micro

empresarialidad y se situaba en el espacio de la empresa como contexto que explicaba su radio de acción. Desde la perspectiva constitucional, su colocación correcta era la que derivaba del art.38 CE, el reconocimiento de la libertad de empresa en la economía de mercado. En consecuencia, su relación con el derecho laboral era bastante clara, la señalaba con precisión la Disposición Adicional 1ª del Estatuto de los Trabajadores: "El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral", aun señalando la posibilidad de que la norma dispusiera expresamente alguna pasarela de contacto entre el trabajo prestado en régimen de autonomía y la tutela prestada al trabajo por cuenta ajena. También en el derecho comunitario se aplicaba a estos sujetos la categoría de empresa y caían por tanto dentro del ámbito del derecho de la competencia y las precauciones previstas para garantizar el libre juego de la competencia en el mercado. Los autónomos se consideraban empresas y se les aplicaba por tanto las reglas de competencia del art. 101 y siguientes del Tratado.

Pero la presencia del trabajo por cuenta propia se comenzó a percibir, desde las posiciones laboristas, como una forma de fraude en la calificación jurídica de la prestación de servicios, lo que conducía su estudio al de las formas en las que determinadas prácticas empresariales intentaban burlar las obligaciones dimanantes de la relación de trabajo y de seguridad social a través de los "falsos autónomos", impidiendo por consiguiente a éstos el goce de los derechos individuales y colectivos a los que deberían poder acceder atendiendo a la realidad de la prestación de trabajo efectuada. Esta forma de enfocar el tema no sólo se limitaba al caso español. La Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la OIT insistía en evitar estos fenómenos de "huida del Derecho del Trabajo" señalando una serie de indicios de laboralidad que los ordenamientos nacionales deberían incorporar para evitar el fenómeno de los "falsos autónomos".

La crisis financiera y la crisis del euro provocaron en los países del sur de Europa un enorme cataclismo social. En España, la destrucción de empleo y el correlativo incremento del paro generó una situación de desvalimiento unida a la devaluación salarial y al correlativo incremento de la desigualdad. En esa tesitura, formando parte del escenario del nuevo marco de regulación del trabajo, se impulsó y fomentó de manera decidida por los poderes públicos el trabajo autónomo como forma de actividad económica con menores costes en relación con el trabajo por cuenta ajena, y en donde la contribución social recaía sobre los propios individuos.

A partir del surgimiento de las nuevas formas de empleo en el marco de la digitalización, las nuevas tecnologías y la economía colaborativa fueron dirigidas, en su gran mayoría, hacia su configuración como empleo por cuenta propia por entender que la forma tipo de la relación salarial no se adaptaba a los nuevos modelos de negocio creados por el capitalismo digital. Este debate, más propio del período post-crisis a partir del 2015, se centró en el cuestionamiento de los criterios que pueden marcar la subordinación o la autonomía de quienes prestaban sus servicios para las plataformas digitales, y el carácter peculiar del trabajo digital como trabajo fuertemente dependiente del sujeto que lo presta, sin que se objetive en el intercambio entre tiempo y trabajo medido y calculado previamente. Ello implicaba que la adecuación de éste a la figura del trabajo autónomo era la más conveniente o, subsidiariamente, que se debería recurrir a figuras intermedias como las que suministraba nuestra legislación sobre el trabajador autónomo económicamente dependiente: el TRADE digital. Hoy ya se sabe cómo terminó este último episodio, la larga marcha de los riders hacia el trabajo formal. Lo que una parte de la doctrina laboralista ha llamado “tendencia expansiva” del Derecho del trabajo sobre el “trabajo autónomo no empresarial” simbolizado en las personas trabajadoras al servicio de las plataformas digitales se manifestó en la inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa laboral de quienes desempeñaban su actividad en el sector del reparto mediante la Ley 12/2021, una norma que ha sido determinante del proyecto de Directiva europea sobre este mismo sector. Pero pese a esa laboralización del sector de reparto en plataformas digitales, algunas empresas transnacionales que dominan el sector han insistido en mantener la condición de trabajadores autónomos del personal a su servicio, arriesgando actas de infracción y sanciones de la Inspección de Trabajo.

Hay que tener en cuenta que el art. 311 CP castiga la imposición de condiciones ilegales de trabajo o de Seguridad Social que las personas trabajadoras tengan reconocidas por disposiciones legales, convenios colectivos y contrato individual, siempre que concurra la situación de “engaño” o “situación de necesidad”. Al margen de lo inconveniente de estas circunstancias, puesto que el abuso de la situación de necesidad se da siempre en una relación de explotación ilegal del trabajo y el engaño no suele producirse, puesto que la aceptación de la situación se da sobre la base de la necesidad, lo importante es que este precepto sanciona el sometimiento a condiciones de trabajo –salarios, jornada, salud y seguridad– que contradicen directamente las prescripciones legales o convencionales –jornada máxima, salario mínimo, seguridad y condiciones de salubridad– o que, como señala

el hoy número 3º del precepto, eviten dar de alta a los trabajadores o los hayan empleado sin permiso de trabajo. Es decir, en todos los casos estamos en presencia de personas trabajadoras asalariadas, a las que se somete a una situación de explotación, que en algunas ocasiones se ha podido asemejar al trabajo esclavo o trabajo forzoso, pese a que se deban diferenciar ambas nociones.

El nuevo párrafo incorporado al art. 311 CP busca incriminar otros comportamientos. En efecto, lo que la norma penal persigue es la imposición de condiciones ilegales a través de la contratación “bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo”, de manera tal que se utilice como conducta de empresa el recurso a la deslaborización como forma de privación radical de derechos, y por tanto como imposibilidad de acceder al conjunto de derechos individuales y colectivos que se concentran en la regulación del trabajo asalariado, privando a estas personas del patrimonio jurídico de derechos que les corresponde. La norma además establece dos supuestos, la mera imposición de condiciones ilegales mediante la expulsión de estas personas de la tutela laboral, y las conductas que mantienen ese comportamiento pese al requerimiento o sanción administrativa.

En el sistema laboral la posible desvirtuación de la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora se lleva a cabo a través del procedimiento de oficio y de impugnación de actos administrativos en materia laboral del art. 148 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y esta ha sido la vía para establecer la laboralidad de los repartidores de comida al servicio de las plataformas digitales que luego recogió la Ley “rider”, Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Como se ha señalado, una buena parte de la estrategia de las empresas de plataformas de reparto, fracasado su intento de considerar a sus trabajadores como personas sujetas a contratos civiles o mercantiles, ha sido la de a pesar de ello, seguir manteniendo su oposición a la consideración laboral de estas personas, lo que ha dado lugar a la apertura de nuevas actas de infracción y consiguientes multas administrativas. Esta constante desobediencia a la ley, la persistencia en la privación radical de derechos que supone la deslaborización de estas personas que realmente deben ser consideradas trabajadoras al servicio de las plataformas, es lo que origina el intenso desvalor social que este precepto quiere sancionar.

Este es el ámbito de aplicación del nuevo precepto penal. Fundamentalmente concebido como reacción ante la resistencia de ciertas empresas globales de plataformas digitales de reparto a acatar la condición laboral de las personas que efectúan las labores de reparto o distribución de cualquier producto o mercancía, es evidente que en este sentido funciona como una norma de cierre de la Ley 12/2021. Pero también criminaliza supuestos análogos en donde el uso de falsos autónomos o el empleo de fórmulas alambicadas de exclusión del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, como las falsas cooperativas que encubren relaciones laborales en un esquema de externalización productiva, o los falsos becarios que camuflan prestaciones de servicios por cuenta ajena y dependencia ajena.

La Exposición de Motivos de este precepto confirma las anteriores afirmaciones: "La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país", de manera que "cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal". El elemento central del nuevo número incorporado al art. 311 se describe como "la utilización espuria de un contrato o a la desatención del llamamiento a adecuarse a la legalidad que se le ha hecho mediante requerimiento o sanción al infractor o infractora". Este hecho es el que califica la originalidad y la especificidad del tipo penal promulgado.

Eso implica que otro tipo de conductas ilícitas, abusos empresariales consistentes en jornadas parciales ficticias y las horas extra ilegales, por ejemplo, que integran lo que se puede condensar como explotación del trabajo asalariado no pueden ser sancionadas conforme a este nuevo precepto. Habrán de serlo en su caso con arreglo a los números 1º, 3ª y 4º del mismo artículo y con los requisitos que en estos preceptos se indican, es decir, el engaño o el abuso de situación de necesidad para la imposición de condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos laborales individuales y colectivos regulados en la ley laboral y en los convenios colectivos o que mantengan éstas en los supuestos de transmisión de

empresas, o no dar de alta o solicitar el permiso de trabajo en los porcentajes señalados en el actual número 3º de dicho artículo.

En definitiva, se trata de una norma penal importante que persigue reforzar la eficacia de las normas que garantizan la condición del trabajo como actividad productiva que tiene un reconocimiento especial en la Constitución como derecho ciudadano que permite a las personas que la ejercen el acceso a una serie de derechos individuales y colectivos. La negación de la condición laboral o la resistencia contumaz a aceptar su reconocimiento por parte de las empresas, tienen ahora en el art. 311, 2º una norma de cierre. Un dato más muy positivo sobre el proceso de rejuridificación de las relaciones de trabajo que se está llevando a cabo desde el 2020 en adelante.