

abogacía

n° 5/ julio 2010



TIRANT LO BLANCH



icamalaga.es

NOVEDADES DOCTRINALES

SECCIÓN GESTIÓN DE DESPACHOS

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

SECCIÓN DERECHO MERCANTIL

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN DERECHO PROCESAL

SECCIÓN PENAL

SECCIÓN PROPIEDAD HORIZONTAL Y

ARRENDAMIENTOS URBANOS

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

NOVEDADES LEGISLATIVAS (Incluye texto íntegro del

Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas

urgentes para la reforma del mercado de trabajo)

abogacía

n° 5/ julio 2010

Publicación cuatrimestral

Índice

NOVEDADES DOCTRINALES

SECCIÓN DE GESTIÓN DE DESPACHOS

- ¿Qué despacho quieres ser?, por *Jordi Amado*..... 7

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

- Régimen económico matrimonial de participación en el derecho Alemán, por *Carmen Bascón-Rauscher*..... 15
- Funcionamiento, ventajas y riesgos de la garantía real abstracta en el Derecho Alemán, por *Carmen Bascón-Rauscher*..... 21

SECCIÓN DERECHO MERCANTIL

- El órgano de administración de las sociedades de capital, por *Manuel Olivencia*..... 29

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

- La Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, por *Eduardo Gamero Casado*..... 39

SECCIÓN DE DERECHO PROCESAL

- Ejecuciones judiciales dolosamente frustradas, por *Eduardo José Navarro Miranda*..... 53
- Indulto; jurisprudencia, por *Antonio Ferrer Gutiérrez*..... 59

SECCIÓN PENAL

- ¿Otra reforma más? Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del código penal, por *Francisco Javier Álvarez García* y *José Luis González Cussac*..... 71

SECCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y ARRENDAMIENTOS URBANOS

- Duración del contrato de arrendamiento: plazos y prórroga en contratos anteriores y posteriores a la LAU, por *Natalia Ruiz Villanueva*..... 79

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES..... 97

NOVEDADES LEGISLATIVAS	117
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....	155

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-4212-2008
ISSN: 1889-5123
IMPRIME: Gráficas Díaz Tuduri, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

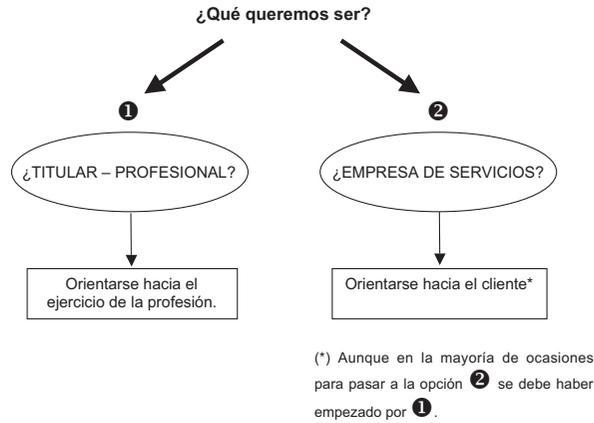
sección de gestión de despachos



¿Qué despacho quieres ser?

Jordi Amado

En general por la especialidad y características de la empresa que dirijo suelo estar en continuo contacto con titulares y/o socios de despachos profesionales (Asesorías, Firmas de abogados, etc.) y me doy cuenta que muy pocos son los que tienen una respuesta clara y convincente a la siguiente pregunta



Las respuestas y soluciones no son del tipo a) o b), blanco o negro, etc., pues existen condicionantes personales, matices y realidades económicas que muchas veces, aún queriendo estar en la opción **2**, toda la vida profesional estaremos en **1**.

Asimismo tampoco quiero que se me malinterprete. Es decir, que se piense que mi preferencia o recomendación es estar en **2** (opción empresa de servicios). No es esta mi intención.

Lo que pretendo transmitir es que muchos profesionales con despacho propio, principalmente pequeños despachos, muchas veces viven en una continua contradicción, pues necesitan crecer y evolucionar y, sin embargo donde realmente se sienten cómodos es en la opción **1** (ejercer la profesión, llevar clientes, etc.). Esta contradicción hace que muchas veces en las oportunidades que a lo largo de una trayectoria profesional suelen presentarse (como por ejemplo propuestas de una fusión y/o alianza con otro despacho, incorporación de un profesional con una cartera de clientes, etc.) y que sin duda permitirían a un despacho crecer y evolucionar, en la mayoría de ocasiones se descartan y rechazan. ¿Por qué motivos? Básicamente por razones distintas, pero todas ellas se podrían agrupar en las siguientes motivaciones: pérdida de libertad y autonomía, temor a una pérdida de clientes, falta de confianza e individualismo, falta de hábito y de habilidades en compartir y consensuar, mayor transparencia, etc.,

I. EN ESTOS MOMENTOS DE CRISIS ECONÓMICA...

Son muchos los profesionales con despacho propio, o incluso algunos procedentes de reajustes de grandes firmas, que en estos momentos de crisis necesitaran agruparse, aliarse, fusionarse o incluso integrarse en otros despachos. En definitiva, se necesita buscar sinergias, aunar esfuerzos y optimizar recursos.

Para ayudarles a reflexionar acerca de cuál de las opciones es la que se adapta mejor a sus intereses y valores, les recomendaría que tuvieran en cuenta los siguientes apuntes o guión.

1. Pros y contras de la opción "titular-profesional"

1. Sin duda conseguiría una mayor fidelización de los clientes. El titular profesional con su "forma de hacer", con su conocimiento y experiencia fideliza y se gana la confianza de sus clientes. No obstante conviene no caer en rutinas o prácticas erróneas. Fidelizar no es el equivalente a servilismo, son prácticas distintas y conviene no olvidarlo.
2. Existe un tope, un límite en el crecimiento. El titular profesional que quiere llevar PERSONALMENTE A TODOS SUS CLIENTES, difícilmente conseguirá que su despacho crezca. Eso no quiere decir que no pueda ser un despacho muy rentable, pero difícilmente podrá alcanzar determinadas cifras de facturación. El día tiene 24 horas, un profesional puede trabajar 8, 10 o 12 horas como máximo, y eso marca un límite.
3. El titular profesional muchas veces se olvida que es una persona de carne y hueso ¿Qué ocurre si se produce una baja prolongada por enfermedad grave, etc.? Sin duda en esta opción existen mayores riesgos de no continuidad por enfermedad y/o accidente del titular.
4. El titular-profesional tiene menor capacidad de inversión y de estar al día tecnológicamente, pero a la vez también tiene una menor necesidad. Su estructura más pequeña y flexible no les exige tanto.
5. Sin duda la opción titular-profesional tiene mayores dificultades en poder retener a buenos profesionales, pues una carrera profesional de largo recorrido es difícil de encajar en un despacho pequeño. Sin embargo, tiene que destinar menores recursos y esfuerzos en gestionar sus Recursos Humanos. Cualquier baja la puede suplir el titular-profesional, que suele ser un todoterreno, y que además cuenta con la confianza de sus clientes.
6. Y por último, si el titular-profesional decide jubilarse y traspasar su fondo de comercio a otro despacho, las dificultades son mayores, pues los clientes, para bien o para mal, están muy habituados a una "forma de hacer". Una decisión de este tipo debe hacerse con una antelación mínima de dos o tres años, pues es imprescindible la permanencia del titular durante el traspaso del fondo de comercio/ clientes.

2. Pros y contras de la opción "empresa de servicios"

Focalizar los esfuerzos y energías hacia un modelo "Empresa de servicios" significa:

1. Se tendrán que realizar mayores esfuerzos para fidelizar a los clientes. Se trata de que el cliente confíe en el despacho, en la marca, en los procedimientos, en la cultura y valores, en sus profesionales y en su equipo humano ¿De quién son los clientes? ¿del

despacho? o ¿de sus profesionales...? Se trata de conseguir que los clientes sean del despacho.

- Esta opción no admite dudas. Un despacho profesional, como empresa de servicios que es, debe poner énfasis en el crecimiento y en el tamaño. Si no lo consigue morirá en el intento ...
- Esta opción en supuestos de bajas prolongadas, enfermedad de su titular/ socios, tiene menores riesgos de no continuidad, o como mínimo tiene un mayor margen de maniobra. En teoría se trata de crear una institución "autónoma" en su día a día, que funciona por sí sola independientemente de su titular y/o socios. Para éstos quedan reservadas la estrategia, la planificación y el liderazgo.
- Toda empresa de servicios, si quiere competir, está obligada a invertir y a estar al día tecnológicamente (Programas de gestión ERP, CRM, áreas privadas, gestión del conocimiento, ...)
- Se deben realizar inversiones y profesionalizar la gestión de los RRHH. No olvidemos que un despacho vende asesoramiento, conocimiento y confianza. Sin duda una buena política de gestión de RRHH ayudará a retener y a fidelizar a los mejores profesionales.
- Si un día el titular y/o socios deciden jubilarse, y desean transmitir y capitalizar su fondo de comercio, les resultará más fácil, pues transmiten una "empresa" en funcionamiento, una marca, unos métodos, etc.

"TITULAR-PROFESIONAL"	"EMPRESA DE SERVICIOS"
<ul style="list-style-type: none"> Mayor fidelidad de los clientes, aunque en ocasiones se cae en prácticas no recomendables... Límites en el crecimiento. Riesgo de continuidad en supuestos de enfermedad, bajas... Menos capacidad de inversión y estar al día tecnológicamente. Mayores dificultades en retener a buenos profesionales, pero menos esfuerzos en gestión RRHH. En supuestos de jubilación mayores dificultades en la transmisión del Fondo de Comercio. 	<ul style="list-style-type: none"> Mayores esfuerzos para fidelizar al cliente. Vocación y énfasis en el crecimiento. Menores riesgos de no continuidad. Existe en teoría una organización "autónoma" que funciona independientemente del titular o socios... Obligación de invertir y estar al día tecnológicamente. En teoría "menores" dificultades para retener a buenos profesionales, pero mayores esfuerzos en gestión RRHH. En teoría menores dificultades en la transmisión del Fondo de Comercio.

Podríamos añadir algunas ventajas y/o desventajas más, pero hemos incluido únicamente las que consideramos más relevantes. Espero que estos apuntes les sean útiles y les ayuden a reflexionar sobre el modelo de despacho que se adapta mejor a sus intereses y forma de ser.

Y para finalizar este artículo lo haremos con una opinión-reflexión de Emilio Cuatrecasas, extraída de su magistral y extraordinaria ponencia que impartió sobre el futuro de los despachos profesionales en Barcelona, en febrero del 2007, bajo el título el "Ayer y hoy de los despachos profesionales" (febrero 2007. Puede bajarse íntegra la conferencia en www.jordiamado.com)

Uno de los asistentes a la conferencia le preguntaba:

– **“¿Cuándo decide un despacho dar el salto? ¿Cuáles son las claves para pasar de una dimensión a otra? ¿Cuándo decidisteis dar el salto? ¿Sabíais hacia dónde ibais?**

– *“Es una pregunta que me la hacen constantemente. Los despachos nos vienen a preguntar constantemente esto. Es complicado. Incluso a mí me han encargado muchas veces despachos medianos que les ayude con los estatutos. Piensan que llegarán a casa, encontrarán la fórmula mágica, con unos estatutos muy sofisticados. Creo que hay una cosa que al menos, si yo me comparo con las dos generaciones anteriores cuando yo entré en el despacho, mi padre me dijo: “mira, los clientes son muy buenos y no queremos más”. Esto fue lo primero que me dijo. La gente del despacho vivía relativamente bien, tenía su tiempo libre, por ejemplo, tenían jornada intensiva. Era un modelo cerrado, de socios “esto es nuestro”, que se llevaban muy bien. Ese fue el problema más importante con el que yo me encontré, porque eran tres íntimos amigos, mi padre y sus dos socios. Murieron los tres en el despacho, siendo socios y trabajando en el despacho y eran íntimos amigos. Y el niño que venía ahí decía “no tenemos que ser tres, tenemos que ser trescientos”. Esto cuesta mucho de entender y cuesta mucho más decirles: “nosotros queremos ser una institución”. La gran diferencia se produce cuando dices “esto es una institución”, yo puedo presidirla, dirigirla... yo me siento aquí, como una casa que es una institución y que no es mi casa. Yo formo parte esencial de esta casa, pero es una institución y esto significa muchas cosas”*

La gente no se lo cree en esas reuniones que os citaba. A mí me votan cada cuatro años. Votan la elección del cargo, a mí y a los directores generales y al Consejo de Administración, votan.

Os voy a decir algo y no os lo vais a creer pero antes de la votación, te coge un “gusanillo por aquí dentro”... no porque pienses que sólo el 40% van a votar—tu en principio tienes suficientemente conocimiento para pensar que la mayoría están de acuerdo en que sigas dirigiendo. Pero ¿si te votan por el 60%? ¿Cómo te vas a quedar cuando te mires la sala? Una sensación tremenda. Pues hay que pasarlo. Hay mucha gente que cree que tengo blindados mis derechos y hay muchos despachos grandes donde los names partner, como llaman los ingleses, los que llevan el nombre de la firma, están blindados. En nuestra casa no, el último que estuvo blindado fue mi padre y los dos socios que le acompañaban. Pero a partir de 1990, cuando se produjo el cambio estatutario, no hay nadie blindado. Esto te obliga a gestionar la cosa bajo principios de democracia, de escuchar, de consenso. Lo que nosotros llamamos de partner ship, que supone hablar, hablar y hablar, es un cambio fundamental. Muy poca gente está dispuesta a hacer esto en nuestro país. Esto lo explico en el Reino Unido y se rien, no saben ni de que hablo, no entienden el problema”.

Como puede apreciarse en este texto se ve claramente lo que es un despacho familiar en el que han perdurado tres generaciones, y en el que en un momento dado se ha optado por el crecimiento y por la entrada de socios.

Sin embargo, no siempre se da esta situación. Cuando hablamos del problema de la sucesión de los despachos nos referimos sobretudo a los pequeños y a los medianos, pues en general los más grandes ya tienen el tema bastante planificado. Pensemos que a finales de los años 70, principios de los 80 se fundaron muchas firmas que hoy,

bien entrado el siglo XXI, se están planteando su relevo generacional. Evidentemente hay titulares que no tienen muchas dudas. Tienen hijos que han vivido el negocio desde muy pequeños, que lo comprenden, y que están dispuestos a continuarlo. Son hijos que se han preparado sabiendo el futuro cierto que les espera y que aceptan su sino no sólo con conformidad sino también con ilusión y orgullo.

Y es que lo podemos decir bien alto: el sector en el que estamos es un buen ámbito para desarrollar una carrera profesional, duro, pero muy activo, en ebullición, inquieto. Por tanto, es fácil que cualquier titular se sienta orgulloso de que su hijo continúe su camino, porque es una buena opción profesional.

De todas formas, coger el relevo generacional tampoco no es tarea sencilla, pues en muchos casos nos encontramos con mentalidades distintas, acordes con la época que les ha tocado vivir, y no siempre fáciles de casar.

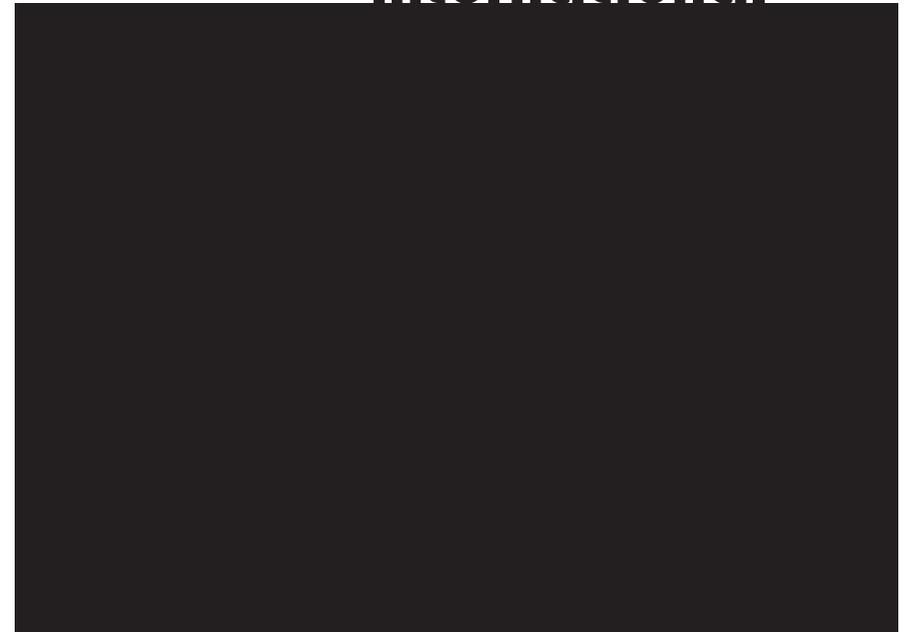
Sin embargo, no siempre los hijos quieren continuar en la firma. No se puede dar nada por sentado. Y es difícil hacer bien las cosas que no se sienten. Por ello, y cada vez más, nos encontramos con titulares de despachos que, muy cerca de su edad de jubilación, quieren cerrar "su creación". En este caso, buscan compradores, que también los hay, y así se genera un mercado de compra y venta de asesorías cada vez más intenso.

Esta segunda vía no sólo no es el final, sino que, en muchos casos, es un reinicio tremendamente sano para el negocio y para la familia. Es evidente que algunas ventas sirven para que se distribuya el patrimonio y se tome una posición pasiva. Pero si la familia tenía el espíritu emprendedor, la venta puede ser una excelente vía para entrar en nuevos proyectos.

Y después está la parte compradora, que es la que adquiere, y es la que crece. Y es la que evita que un despacho se muera, pues se integra en otro nuevo y con él sigue viviendo. Y de este modo, se evoluciona y el mercado es el primero en beneficiarse, pues quien continúa con el despacho, en ambos casos, lo hace porque quiere y así lo ha elegido.

Desde mi punto de vista, profunda y aleccionadora reflexión.

sección derecho internacional



Régimen económico matrimonial de
participación en el derecho alemán

Carmen Bascón-Rauscher

I. INTRODUCCIÓN

Un divorcio conlleva, usualmente, un enfrentamiento entre los conyuges sobre la liquidación o reparto de su patrimonio. El objetivo de esta ponencia explica de una forma abreviada qué bienes son lo que hay que repartir y como se lleva a cabo dicho reparto en el sistema legal del Derecho alemán

II. SISTEMA LEGAL

El Derecho alemán (§ 1363 BGB) reconoce como sistema legal el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias (Zugewinnngemeinschaft), o más precisamente sistema de separación de bienes con pacto de participación en las ganancias. Mediante este régimen económico, la celebración del matrimonio no conlleva a una modificación en la disposición o administración de los bienes propios de cada cónyuge, ni tampoco en los que adquieran individualmente y por separado durante la vigencia del mismo. No obstante, cuando se produce la disolución del vínculo matrimonial se lleva a cabo un balance o liquidación con el objeto de calcular y determinar el incremento patrimonial obtenido por cada uno cónyuge durante la vigencia del matrimonio (beneficio). Aquel de los cónyuges que haya alcanzado mayores beneficios, está obligado a compensar al otro.

Su fundamento esencial radica en la máxima: "aquello que los cónyuges han conseguido durante la vigencia del matrimonio, lo han "ganado" conjuntamente y por partes iguales con independencia de cual de ellos lo haya obtenido realmente".

Sin embargo este sistema legal previsto en el § 1363 BGB no es de elección obligatoria y se deja modificar mediante la celebración de pactos o contratos matrimoniales (Eheverträge), mediante los que los cónyuges pueden optar por cualquier otro sistema que se ajuste más a sus intereses.

Los contratos o pactos matrimoniales requieren siempre ser celebrados ante notario público conforme al § 1410 BGB, que esta asumirá también las funciones de asesorar a los cónyuges sobre la validez de dichos pactos.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES

Según la normativa vigente, los conyuges tienen en Alemania absoluta libertad para optar por el régimen económico matrimonial que les resulte más beneficioso o lo que es lo mismo, pueden optar entre permanecer en el sistema legal o elegir otro. No obstante, la jurisprudencia más reciente (FamRz2001, 343,985) fija unos límites a esta libertad de opción respecto de aquellos pactos que puedan ocasionar un grave perjuicio o desventaja a uno de los cónyuges y siempre que el cónyuge perjudicado ejercite su impugnación aduciendo la posición dominante de su cónyuge en el momento de la celebración del mismo.

Según el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán, los Juzgados de Familia están en estos supuestos obligados al control o revisión de los pactos económico-matrimoniales para determinar si adolecen de algún vicio (§138 BGB) o si pudieran contravenir el principio de la buena fe (§242 BGB). El origen de la intervención del Tribunal Constitucional fue la aparición de casos inusuales de contratos matrimoniales en los que mujeres que se encontraban embarazadas en el momento de la celebración del matrimonio eran pática-

mente obligadas por sus futuros cónyuges a permitir desventajas jurídicas en caso de que se produjera un divorcio.

Este control judicial de los pactos económico-matrimoniales entre cónyuges también ha sido confirmado por el Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof FamRZ 2004, 601) para evitar que por medio de dichos pactos una de las partes procure a la otra un injustificado reparto de las cargas.

Esta jurisprudencia no pretende que no deba ser elegido el régimen económico matrimonial de separación de bienes, sino que en el supuesto de que sea elegido se haga con todas las garantías y con el debido asesoramiento jurídico.

El Tribunal Supremo alemán ha determinado que el sistema legal de participación no pertenece a la esencia de la normativa sobre las consecuencias del divorcio y que tanto antes como ahora, el sistema legal de regulación de bienes está regido por el principio de libertad contractual.

No obstante, puede ocurrir en supuestos concretos que el pacto de separación de bienes sea dudoso desde el punto de vista jurídico, cuando se combina con la exclusión de otros derechos que derivan directamente del divorcio como por ej. renuncia a la pensión alimenticia, renuncia a la pensión compensatoria, renuncia a la sucesión legal y a la forzosa.

Por otro lado, también deberán ser objeto de especial control los pactos matrimoniales de separación de bienes celebrados durante la vigencia del matrimonio cuando los cónyuges ya eligieron en un principio el sistema legal y el nuevo pacto excluye únicamente a uno de los cónyuges de la participación en las ganancias que ya le corresponden por período de tiempo en que estuvo vigente el régimen de participación. La renuncia unilateral a esa prerrogativa de derecho ocasionaría un perjuicio injustificado para el cónyuge excluido.

IV. LIMITACIONES A LA LIBRE DISPOSICIÓN POR LOS CÓNYUGES DE LOS BIENES PROPIOS EN EL SISTEMA LEGAL DE PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS

Pero si bien en el sistema legal de participación, como ya ha sido mencionado, los cónyuges administran y disponen de sus bienes propios, también han sido establecidos una serie de límites a esta libertad de disposición teniendo en consideración los intereses del otro cónyuge. En algunos concretos supuestos existen incluso límites legales a la facultad de contraer obligaciones o efectuar disposiciones patrimoniales, como por ej. los que recoge el § 1369 del BGB que limita la libertad de disposición sobre aquellos objetos que a pesar de pertenecer a uno de los cónyuges forman parte del ajuar familiar. Otro supuesto de limitación a la facultad de disposición la recoge el § 1365 BGB, que impide que uno de los cónyuges pueda disponer del patrimonio en su totalidad o pretenda obligarse de esta forma. Así un empresario que sólo sea propietario de una fábrica y de nada más, únicamente podrá disponer de la misma o venderla con el consentimiento de su esposa, puesto que de otra forma pondría en peligro la economía familiar.

V. PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS EN CASO DE DIVORCIO

Según el § 1378 Abs. 1 del BGB, cuando se produce el divorcio y finaliza el régimen de participación, el cónyuge que menos beneficios haya obtenido tiene derecho a ser compensado con la mitad del exceso de beneficio obtenido por el otro. En nuestro supuesto anterior si Regina ha obtenido un beneficio de 200.000 € y Thomas de 380.000 €. En este caso Regina tiene derecho a ser compensada con 90.000 €. Es decir, beneficio de Thomas (380.000 €), menos el beneficio de Regina (-200.00 €): $2 = 90.000 \text{ €}$.

El derecho compensación supone, en la mayoría de los supuestos, un derecho a una compensación dineraria, si bien en algunos supuestos excepcionales puede ser sustituida por la adjudicación de algún bien que forme parte del patrimonio del cónyuge que debe satisfacerla. Este derecho a compensar deberá ser ejercitado mediante la interposición de una demanda que se puede conectar a la demanda de divorcio o interponerse de forma aislada, incluso antes de la interposición de la demanda de divorcio, cuando los cónyuges viven ya separados de hecho.

Para poder calcular la compensación económica que corresponde satisfacer es preciso llevar a cabo detalladas operaciones, para fijar exactamente el incremento patrimonial de cada cónyuge durante la vigencia del sistema legal.

Para ello, cada uno de los cónyuges deberá realizar un listado minucioso con su patrimonio llamado "inicial" y con su patrimonio "final". Patrimonio inicial es aquel que pertenece a cada cónyuge en el momento de la celebración del matrimonio o del inicio de la vigencia del régimen de participación, al que hay que deducir las deudas que tenían contraídas en aquel momento, si bien hasta la reforma del sistema actual en agosto del 2008, dicho patrimonio final nunca podía ser negativo (§ 1374 Abs. 1 BGB). Con la reciente modificación, que ha entrado en vigor en septiembre 2009, se ha llevado a cabo un avance importante al haberse regulado la inclusión de las deudas en el patrimonio inicial aún cuando como consecuencia de su inclusión este patrimonio inicial emita un resultado negativo.

El Ministerio de Justicia alemán ofrece el siguiente ejemplo para la mejor comprensión del sistema:

El matrimonio formado por Thomas y Regina se disuelve después de 20 años de convivencia. En el momento de contraer matrimonio Thomas acababa de constituir una empresa y tenía sólo deudas contraídas por un total de 30.000 €. Durante el matrimonio consigue un incremento patrimonial de 50.000 €. El patrimonio final de Thomas sería entonces de 20.000 €. Su mujer Regina no tenía ninguna deuda en el momento de contraer matrimonio y durante la vigencia del mismo obtuvo un patrimonio final de 50.000 €. Regina trabajaba y se ocupaba al mismo tiempo de los hijos para que su marido pudiera dedicarse a sus negocios.

De esta forma Thomas consigue pagar sus deudas y obtuvo un beneficio suplementario.

Según la normativa vigente hasta agosto del 2008 Regina hubiera tenido que compensar a Thomas con 15.000 €, pues antes de la reforma no se hubieran tenido en cuenta las deudas anteriores de Thomas porque el patrimonio arrojaría entonces un patrimonio negativo. A partir de la reforma, el llamado patrimonio negativo inicial puede ser tenido en cuenta para el cálculo de las ganancias y por ello en el supuesto de Regina y Thomas, se considera que cada uno ha obtenido un beneficio de 50.000 €. Con ello Thomas no tiene derecho a ser compensado por Regina.

Para calcular el beneficio obtenido y determinar el derecho de compensación son precisas determinadas operaciones dirigidas a concretar los objetos patrimoniales pertenecientes a cada cónyuge, a fijar el valor patrimonial de cada uno de dichos bienes tanto al tiempo de iniciar el régimen o durante la vigencia del matrimonio como al tiempo de finalizarlo (notificación de la demanda de divorcio y de la cuantía de la compensación que se reclama, desde la reforma 2009), momentos estos fijados por la ley para llevar a cabo el cálculo, con inclusión de herencias, donaciones y regalos. Una vez se haya calculado el volumen patrimonial con deducción de las deudas que cada cónyuge tenía al tiempo de inicio y finalización del régimen legal.

Para el cálculo de la cuantía de la compensación deberán ser también incluidos los regalos o gastos extraordinarios hechos por los cónyuges durante la vigencia del matrimonio. El cálculo se lleva a cabo con la ayuda de unas complicadas operaciones matemáticas bajo la máxima de que quien obtiene un regalo no puede resultar más beneficiado después de calcular la compensación que si no lo hubiera recibido (§1380 Abs. 1 BGB). En caso contrario se considera que el regalo es un anticipo de la futura compensación.

Además la ley ha previsto un sistema de control de las actividades de los cónyuges que con la intención de reducir el patrimonio final, llevan a cabo "distracciones gratuitas" de bienes durante el período de crisis del matrimonio (§ 1375 Abs. 2 BGB) así como injustificadas disminuciones patrimoniales después de la interposición de la demanda de divorcio sobre todo antes de la reforma del 2009 que no exigía además la notificación de la cuantía de la compensación.

También se prevé la posibilidad de aplazar el pago de la compensación debida en aquellos supuestos de cuantías elevadas y en los que el patrimonio inicial y final del cónyuge que deba compensar esté compuesto por bienes de empresa o participaciones de sociedades (§ 1382 BGB) y por tanto el ejercicio del derecho a compensar conlleve un grave perjuicio para la economía familiar. Por otra parte la compensación, en supuestos muy especiales, puede ser objeto de corrección, cuando su ejercicio conlleve una indeseada situación para el otro cónyuge (§1381 BGB)

VI. LA COMPENSACIÓN DE PRERROGATIVAS SOBRE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN

Los cónyuges tienen también derecho en el sistema legal a llevar a cabo una compensación de las prerrogativas de derechos referentes a las pensiones de jubilación sobre la base de las cotizaciones llevadas a cabo durante la vigencia del matrimonio.

VII. PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS EN CASO DE MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

El sistema legal de participación en las ganancias también prevé un sistema de compensación para los casos en los que el sistema se disuelva como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges. El legislador ha querido aquí voluntariamente conceder una ventaja al cónyuge viudo en detrimento del derecho hereditario de sus hijos.

Funcionamiento, ventajas y riesgos de
la garantía real abstracta en el derecho
alemán

Carmen Bascón-Rauscher

I. INTRODUCCIÓN

Se pretende con esta ponencia presentar una visión general del funcionamiento de la figura jurídica de la Grundschuld o garantía real abstracta del Derecho alemán, en vía de facilitar su comprensión a los agentes jurídicos ante la perspectiva de los proyectos de regulación de especie de hipoteca europea que atiende a las nuevas necesidades sociales del crédito.

II. FUNCIONAMIENTO DE LA GARANTÍA REAL ABSTRACTA

El § 1191 BGB establece que una finca registral podrá ser gravada de tal forma que a su cargo se deba pagar una determinada suma de dinero a la persona a cuyo favor se haya constituido el gravamen (Grundschuld).

Si la característica esencial de la hipoteca es su accesoriedad respecto del crédito que garantiza, la garantía real abstracta se caracteriza por la falta de toda conexión jurídica con un crédito. Es por tanto un derecho real que grava un inmueble pero abstracto y jurídicamente independiente de su origen y finalidad económica.

A pesar de esta independencia jurídica, la Grundschuld es utilizada cada vez más en la práctica para garantizar la obtención de préstamos y créditos, ya que completa de una forma muy fácil las garantías personales de los deudores.

La constitución de una garantía abstracta requiere el acuerdo entre las partes, la inscripción en el Registro de la Propiedad (§ 873), así como la entrega de la cédula o título en los supuestos que deba ser expedida (§ 1117).

No precisa, por el contrario la concesión de un crédito aunque la garantía abstracta sirva para garantizar uno. Es decir, la Grundschuld es totalmente ajena a dicho crédito y será válida y eficaz tanto si el crédito en cuestión se concede como si no llega a ser concedido. En este último caso, el titular de la finca gravada con la garantía real solo conserva un derecho a su devolución como consecuencia de la no celebración del contrato y del posible enriquecimiento injusto (§ 812 BGB Rückgewähranspruch).

La constitución del derecho real de garantía abstracta requiere el acuerdo entre deudor y acreedor y su inscripción en el Apartado III del Registro de la propiedad dedicado a los derechos reales (§ 873). En el folio registral deberán hacerse constar la persona del acreedor, la cuantía nominal de la garantía e intereses (§ 1115), así como los gastos adicionales de la misma. La inscripción de los intereses sirven también para garantizar un incremento futuro de la deuda contraída por el deudor en supuesto de insolvencia y /o del incremento de la deuda nominal.

Sin embargo, como consecuencia de su falta de accesoriedad no se inscribe crédito alguno, aunque la garantía real se haya constituido expresamente para garantizar uno.

Es decir, se trata de un derecho real que grava un inmueble con independencia de cualquier crédito y es eficaz aunque el crédito no se llegue a conceder. Si el crédito no se concede, el titular del inmueble tendrá derecho a la devolución de la garantía abstracta. En caso de no devolución de la garantía corresponderá al deudor una acción por enriquecimiento injusto contra el poseedor del título.

También es usual que el titular del inmueble se someta a la ejecución forzosa del título conforme al § 800 del ZPO. Con ello se facilita la ejecución y subasta del inmueble sin necesidad de obtener una sentencia judicial, incluso en el caso de que el inmueble haya sido

trasmitido. No obstante, en los supuestos de venta del inmueble la ejecución forzosa quedará limitada exclusivamente contra la persona del deudor cuando lo que se ejecuten sean los intereses y gastos de la Grundschuld conforme al § 794 Absatz 1 Ziffer 5 del ZPO, aunque hayan sido inscritos.

La garantía abstracta no se transmite con la simple transmisión del crédito a terceros como la hipoteca, sino que precisa el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor junto con la entrega del título o cédula, si ésta fue emitida (§ 1117). En otro caso se exige la declaración jurada del acreedor sobre la aceptación de la transmisión y la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad.

Se puede diferenciar entre:

- **Buchgrundschuld**, o aquella cuya existencia se limita a su inscripción en el Registro de la Propiedad
- **Briefgrundschuld**, o aquella que se emite en una cédula o título emitido por la Bundesdruckerei o lo que es para nosotros la Fábrica de la Moneda y timbre y que puede ser nominativa o al portador.

Por otra parte puede ser constituida una única garantía sobre varios inmuebles a la vez e incluso para garantizar una cantidad de dinero a alguien como por ejemplo el padre que regala a una hija una garantía abstracta sobre un inmueble de su propiedad en concepto de dote.

También puede confundirse el acreedor con el deudor y quedar entonces en manos del titular del inmueble gravado que la podrá utilizar para otras operaciones de crédito sin necesidad de costes adicionales. De esta forma el titular del inmueble dispone de un rango registral preferente y reservado que podrá utilizar con posterioridad para garantizar otro crédito o negocio jurídico.

Pero en la praxis habitual, la mayoría de las garantías reales abstractas se constituyen para garantizar un crédito. Son las llamadas garantías reales de seguridad (Sicherungsgrundschuld), aunque el vínculo jurídico entre el crédito y el derecho real aparece también eliminado, en este tipo de garantía las partes acuerdan simultáneamente la celebración de un contrato recíproco de seguridad mediante el cual el titular del inmueble se obliga a la constitución de una Grundschuld y el acreedor a utilizar dicha garantía únicamente para asegurar su crédito. En estos casos, al estar determinado claramente el bien inmueble, no se precisa de una cláusula de restitución ni un límite de cobertura determinado.

Por otra parte, también, se podrá solicitar la constitución de una Grundschuld para garantizar diversos préstamos de diferentes deudores.

Con la amortización, el propietario del inmueble adquiere la titularidad de dicha carga. Además también se podrá extinguir como el resto de los derechos reales, por otras causas como la renuncia del acreedor (aplicación mutatis mutandis de los §§ 1168 y 1170 del BGB sobre la hipoteca), o una vez transcurridos seis meses desde que se denunció o desde la expiración del plazo para el que fue constituida.

Sin embargo, la extinción de la Sicherungsgrundschuld presenta algunas particularidades como consecuencia de la existencia de un crédito, y por tanto su amortización podrá imputarse al pago de la garantía real, al pago del crédito o a ambos conjuntamente, de acuerdo con lo pactado por las partes en cada caso concreto.

Si el deudor paga el crédito, éste quedará extinguido pero la garantía real abstracta seguirá validamente constituida. No obstante, corresponderá al titular del inmueble una acción contra el acreedor para la retroacción de la garantía.

En los supuestos de Sicherungsgrundschuld, los bancos fijan habitualmente cláusulas expresas para que el pago del deudor se impute al pago del crédito garantizado. Pero aún en el caso de que el pago se haya imputado al crédito, se podrá acordar posteriormente que dicho pago se impute también a la carga.

Si el pago se imputa sólo a la garantía abstracta, se producirá la confusión de la identidad del titular del inmueble y del deudor que conllevará la extinción del crédito si vence al mismo tiempo. En caso contrario subsistirá el crédito personal.

En caso de que el titular del inmueble gravado con esta garantía y el deudor sean diferente persona, el pago del titular se imputará a la garantía real abstracta, con lo que adquiere su titularidad de la garantía. No obstante, el crédito subsiste puesto que no se produce aquí una adquisición del crédito por imperativo legal, sino que según el RG 150, 371 el titular, únicamente podrá ejercitar una acción contra el acreedor para que le ceda el crédito que éste posee contra el deudor.

Cuando paga el deudor que es parte del contrato de seguridad, podrá exigir de su acreedor la transmisión a su favor de la garantía real abstracta, siempre que posea también un crédito contra el titular del inmueble.

III. VENTAJAS Y RIESGOS

Como los restantes derechos abstractos (por. ej. la letra de cambio), la Grundschuld ofrece ventajas al acreedor porque elimina aquellas excepciones que pudieran derivarse del negocio jurídico obligacional.

Por otra parte la Grundschuld puede ser transmitida también de manera independiente y por sí misma lo que permite que pueda ser utilizada a la vez para garantizar simultáneamente diferentes deudas o incluso para asegurar obligaciones futuras

Con ello moviliza ampliamente el valor del inmueble. No obstante, el propietario-acreedor no podrá instar la ejecución forzosa de su inmueble gravado con el propósito de obtener su satisfacción (§ 1197 Abs. 1) y le corresponderán los intereses pactados únicamente en el caso de haberse instado por un tercero la administración forzosa del inmueble.

La no accesoriedad de la Grundschuld conlleva un determinado riesgo para el propietario de la finca gravada, puesto que el derecho real existe y permanece vigente independientemente de la existencia o no del crédito para cuya garantía se haya constituido.

En caso de ejecución de una garantía abstracta "aislada", el propietario del inmueble solamente podrá alegar aquellas excepciones derivadas de su relación jurídica con el acreedor o aquellos defectos que afecten a la relación jurídico-real, como por ej. la prórroga de la garantía o la ineficacia del acuerdo.

Sin embargo contra la Sicherungsgrundschuld podrán ser alegadas excepciones derivadas del contrato de garantía como por ej. la imposibilidad de su vencimiento inmediato en tanto no haya sido cuantificada la deuda o el no estar vencido el crédito que se haya garantizado.

De especial mención es, no obstante la llamada acción de cancelación que corresponde a los titulares de otros derechos reales que hayan sido inscritos con igual o inferior rango. De origen contractual, ha sido estipulada mediante ley (1.1.1978), para paliar los problemas que planteaba la necesaria inscripción en el Registro.

**sección de derecho
mercantil**



El órgano de administración de las sociedades de capital

Manuel Olivencia

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
de la Universidad de Sevilla

Abogado. Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco al Ilustre Colegio de Abogados de Málaga la invitación a participar en este congreso, invitación aceptada por mí como un honor, o como doble honor, por proceder del Colegio y de Málaga, lo que honra a un modesto abogado de la provincia.

He aceptado también el tema propuesto, pese a sus dificultades y, sobre todo, a su extensión, que habré de acotar en los límites horarios de una conferencia.

El enunciado del título precisa de alguna aclaración, porque la referencia, en singular, al órgano de administración y, en plural, a las sociedades de capital podría hacer creer en la existencia de un modelo unitario de órgano de administración válido para todos los tipos de sociedades de capital. No es así; el análisis del Derecho positivo regulador de los diversos tipos que se encuadran en la categoría dogmática de sociedades de capital permite inducir rasgos de coincidencia, de diferencia y de analogía entre los respectivos órganos de administración, lo que permite concluir que, más que un régimen genérico común a esa categoría, predomina en nuestro Derecho un marco de diferencias específicas entre los órganos de administración de los correspondientes tipos sociales capitalistas (la sociedad anónima —s.a.—, la de responsabilidad limitada —s.r.l.—, y la comanditaria por acciones —s.com.a.—), hasta tal punto que incluso las peculiaridades del órgano pueden llegar a caracterizar la tipicidad social de la figura, como es claramente el caso de la s.com.a.

En todo caso, este método de análisis, positivo y comparativo entre los distintos modelos de órganos de administración de los tipos sociales capitalistas, ha de comenzar por el estudio del “prototipo” de la s.a., tomado como marco de referencia para establecer las sucesivas comparaciones con los otros tipos sociales capitalistas, como corresponde a la figura de la s.a., modelo de la categoría.

No sobra añadir que el género “sociedad capitalista” es creación doctrinal y que en el Derecho positivo no existen tipos “puramente” adscritos a esta calificación. La nota “capitalista” se opone conceptualmente a la “personalista”, y es evidente que puede predominar aquélla sobre ésta en el régimen legal, pero no hasta el extremo de excluirla. Así, p.ej., las prestaciones accesorias, o las cláusulas restrictivas de la libre transmisión de las acciones son modalidades posibles en la s.a. [arts. 9, k) y l), 53, f) y 63 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas —TRLA—], gracias al ámbito que la ley reconoce a la autonomía de la voluntad. En la s.r.l., la “hibridación” de notas capitalistas y personalistas es esencial al tipo, y en la s.com.a. constituye también un rasgo definitorio la presencia del socio *colectivo* y su responsabilidad *personal* por las deudas sociales (art. 151 C. de c.).

II. REGULACIÓN LEGAL Y AUTORREGULACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La regulación legal del órgano de administración de las sociedades de capital, en Derecho vigente, trae su origen de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), de 17 de julio de 1951, que introdujo la gran reforma de este tipo social en nuestro Ordenamiento jurídico. Pese a que la LSA se propuso cambiar el régimen ampliamente dispositivo del C. de c. de 1885 por un “Derecho universal” de carácter imperativo (v. AA.VV., *Reforma de la Sociedad Anónima*, IEP, Madrid, 1947, p. 8), la disciplina de los órganos sociales siguió reconociendo un extenso ámbito a la autonomía de la voluntad; en definitiva, como reconoce la luminosa E. de M. de la LSA (III),

ésta recoge “el Derecho de la práctica que vive al amparo de los estatutos sociales”, “principios y normas incorporados desde hace tiempo por el uso a la vida mercantil española”.

Ese signo dispositivo marca la vigente regulación sobre esta materia, contenida en el TRLSA, aprobado por RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Así, su art. 9, h), se limita a exigir la constancia en los estatutos de “la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad... de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil” (RRM).

Del texto normativo se deduce, en primer lugar, que en la s.a. es *necesaria* la existencia de un órgano de administración (“el órgano al que se confía la administración...”). En su origen, la regulación de 1951 se inclinó por “un órgano ejecutivo”, con tal carácter (*La Reforma...*, cit., p. 38), lo que en su momento supuso la superación de la naturaleza contractual de la relación entre sociedad y administrador, reducida a la teoría del mandato (art. 122,3º C. de c.: “La anónima, en que... los asociados... encargan su manejo a *mandatarios* o administradores amovibles...”; art. 156: “Los administradores de las compañías anónimas son sus *mandatarios*, y, mientras observen las reglas del *mandato*, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales...”), y su sustitución por la tesis *organicista*, en la que la administración se configura como un órgano de la persona jurídica, dotado de propias competencias, en cuyo ejercicio vincula a la sociedad.

La *singularidad* del órgano (“el órgano al que se confía la administración de la sociedad...”) significa la adopción por nuestro Derecho del sistema *monista*, un solo órgano de administración, en lugar del *dualista*, que desdobra las funciones de dirección y de vigilancia, como en el sistema germánico de *Vorstand* y *Aufsichtsrat*.

Ya la LSA de 1951 justificó no haber instituido, a semejanza de otras legislaciones, un órgano esencialmente encargado de la vigilancia y la fiscalización de la gestión social (*La Reforma...*, cit., pp. 38 y 39; E. de M., III, *in fine*), y así se ha mantenido en nuestro régimen legal hasta la adición al TRLSA del Capítulo XII, “De la sociedad anónima europea” (s.a.e.), en virtud de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre. Según el vigente art. 327 TRLSA, la s.a.e. que se domicilie en España “podrá optar por un sistema de administración monista o dual, y lo hará constar en sus estatutos”. Si opta por el sistema monista, será de aplicación, en principio, el régimen del TRLSA (art. 328); si opta por el dual, existirá una dirección y un Consejo de control (art. 329), cuyas facultades, organización y funcionamiento regulan los arts. 330 a 336 TRLSA, por cierto remitiéndose, en cuanto al Consejo de control, a lo establecido para el consejo de administración en el propio TRLSA.

Se trata, pues, de un régimen optativo, pero la novedad legislativa de su incorporación al Derecho español incide inevitablemente en el tema de la *estructura* orgánica de la administración. Hemos visto cómo, en este aspecto, nuestra Ley es ampliamente permisiva, al admitir diversas figuras estructurales y remitirse al RRM. Es su art. 124, en sede de inscripción de la s.a. (Título II, Capítulo IV), el que establece un amplio elenco de estructura del órgano de administración, dentro del que los estatutos pueden elegir:

- a) Administrador único.
- b) Varios administradores solidarios.
- c) Dos administradores mancomunados (“que actúen conjuntamente”).
- d) Un Consejo de administración, integrado por un mínimo de tres miembros.

Cuando la s.a.e. opte por el sistema monista, estas normas son de aplicación al órgano único de administración, sin más límites que los que resulten del Reglamento (CE) 2157/2001

y de la ley que regule la implicación de los trabajadores en la s.a.e. Mas cuando se opte por el dual, la libertad de estructura del órgano de dirección necesario se establece por el art. 331 TRLSA entre "un solo director, varios directores que actúen solidaria o conjuntamente o un consejo de dirección", obligatorio en el supuesto de que la gestión se confie conjuntamente a más de dos personas. El elenco es equivalente al del RRM (art. 124) para el órgano único de administración de la s.a.; pero existe una diferencia de composición numérica: tanto el TRLSA (art. 136) como el RRM [art. 124, d)] establecen un mínimo de miembros para el Consejo de administración (tres), pero no imponen un máximo. Por el contrario, en la nueva s.a.e., si bien coincide la exigencia del mínimo (tres), se establece un límite máximo de siete miembros. Así, el legislador español ha hecho uso de la facultad que para establecer un número de miembros, mínimo, máximo o ambos, le reconoce el art. 39.4 del Reglamento (CE) nº 2157/2001, por el que se aprueba el estatuto de la s.a.e.

Por otra parte, para el Consejo de control, el art. 333 TRLSA se remite simplemente a lo previsto para el consejo de administración, sin más límite que el específico de lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 2157/2001.

Estas novedades legislativas han tenido reflejo en el art. 124.5 RRM, en virtud de la modificación introducida por el RD 659/2007, de 25 de mayo.

Tanto el TRLSA [art. 9, h); art. 123.1] como el RRM (art. 124.3) exigen la indicación en los estatutos del número de administradores "o, al menos, el máximo y mínimo de éstos", pero no imponen un límite cuantitativo a la composición del órgano.

III. COMPARACIÓN CON EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE OTROS TIPOS DE SOCIEDADES CAPITALISTAS

1. La sociedad de responsabilidad limitada

Mas el panorama completo del órgano de administración de las sociedades capitalistas, como enuncia el título de esta conferencia, sólo puede obtenerse si se contemplan los tipos de la sociedad de responsabilidad limitada (s.r.l.) y de la comanditaria por acciones (s.com.a.) para establecer las correspondientes coincidencias, analogías y diferencias con la s.a.

La comparación ha de hacerse con el vigente régimen jurídico de la s.r.l., el que nace de la reforma que, a consecuencia de la que introdujo la Ley 19/1989, de 25 de julio, en nuestro Derecho de sociedades, representó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, derogatoria de la pionera de 17 de julio de 1953, que reguló por vez primera este tipo social en nuestro Derecho.

El diseño legislativo de un tipo social sin responsabilidad de los socios por las deudas sociales, adecuado a la pequeña y mediana empresa, tras la fijación de un capital mínimo para la s.a., de carácter *híbrido*, con elementos capitalistas y personalistas, *cerrado* y *flexible* (E. de M. I y II), se refleja ineludiblemente en el régimen de sus órganos.

La flexibilidad de este régimen en la s.r.l. supone un mayor ámbito de autonomía de la voluntad que el que permite la s.a. El art. 12.2, c) LSRL exige que la escritura de constitución exprese "la determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que los estatutos prevean diferentes alternativas", y el art. 13, f), impone la constancia en los estatutos del "modo o modos de organizar la administración de la sociedad, en los términos establecidos en esta Ley".

Esos términos se contienen en el art. 57 LSRL, que recoge el elenco estructural que hemos visto para la s.a. (administrador único, varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente, o un Consejo de Administración), pero con la diferencia de que no establece límite alguno para la administración conjunta o mancomunada (de dos personas en la s.a.) y, por tanto, no impone obligatoriamente la modalidad de consejo de administración cuando la administración se confie conjuntamente a más de dos personas. Ya en este aspecto se percibe una mayor flexibilidad, reflejada en un ámbito más amplio para la autonomía de la voluntad.

La *necesidad* y la *unidad* del órgano de administración coinciden con el régimen de la s.a.; pero la flexibilidad característica de la s.r.l. se refleja también en que los estatutos "podrán establecer distintos modos de organizar la administración y atribuir a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria" (art. 57.2 LSRL), pero haciendo constar el acuerdo en escritura pública que se inscribirá en el RM.

En el caso de Consejo de Administración, la flexibilidad se refleja en la fijación del número mínimo y máximo de sus componentes, que podrá hacerse en los estatutos o, en su defecto, por la Junta General; pero mayor rigidez se percibe en el límite máximo, que no puede ser superior a doce (art. 57.1, párrafo segundo, LSRL).

Sí es mención estatutaria obligatoria, en caso de que se contemple la modalidad de Consejo de Administración, el régimen de su organización y funcionamiento, que deberá comprender "las reglas de convocatoria y constitución" y "el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría". Respecto de la delegación de facultades, la LSRL se remite expresamente a la s.a. (art. 57, 1, párrafo segundo, LSRL).

Pero la nota más relevante en la regulación del órgano de administración de la s.r.l. afecta a su competencia y a la posibilidad de desgajar de ella determinados asuntos de gestión para someterlos a las instrucciones o a la autorización de la Junta General, o lo que es lo mismo, a reconocer a este órgano competencias de gestión, a diferencia de lo que sucede en la s.a. Se trata de la norma dispositiva contenida en el art. 44.2 LSRL, que, salvo disposición estatutaria en contra, merma la competencia de gestión, aunque no la de representación del órgano de administración de la s.r.l. ("sin perjuicio de lo establecido en el art. 63", que extiende la representación a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos y hace inoponible a terceros cualquier limitación, aunque se halle inscrita en el RM).

La novedad introducida en la LSRL de 1995 amplía las facultades de la Junta a expensas de las de gestión del órgano de administración, lo que supone un reforzamiento de la supremacía de aquélla y una limitación de la competencia de éste. La frase "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63", deja a salvo el ámbito rígido de representación, coincidente, como en la s.a. (art. 129 TRLSA) con "todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos", y la especial protección de los terceros frente a cualquier limitación, incluso inscrita, y si el tercero obra de buena fe y sin culpa grave, hasta en los actos no comprendidos en el objeto social inscrito realizados por los administradores.

Pero, como se trata de analizar el órgano de administración de las sociedades capitalistas, parece necesario añadir que esa nota peculiar del régimen de la s.r.l. que permite otorgar competencias de gestión al órgano deliberante y de formación de la voluntad social (la Junta general) responde a motivaciones "personalistas", presentes en la propia naturaleza de este tipo social. El carácter híbrido de la s.r.l. es, en definitiva, el que explica que pueda inmiscuirse

la Junta en materias de gestión propias, pero ya no exclusivas, en este caso, del órgano de administración.

2. La sociedad comanditaria por acciones

Respecto de la sociedad comanditaria por acciones (s.com.a.) admitida como tipo social en el vigente art. 122.2 C. de c., su art. 152 se limita a remitir a la LSA, “salvo en lo que resulte incompatible con las disposiciones de esta Sección”. Entre esas disposiciones se encuentra la del art. 155.1, que impone que la administración de la sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la s.a.

Pero la configuración del tipo de la s.com.a. en la modificación del C. de c. por la Ley 19/1989 la separa radicalmente del régimen que le era aplicable bajo el Derecho anterior. El C. de c. no regulaba la s.com.a.; sólo reconocía el tipo de la sociedad comanditaria (arts. 122.2ª, 145 a 150) y la posibilidad de que el capital social de ésta perteneciente a los comanditarios pudiera “estar representado por acciones u otros títulos equivalentes” (art. 160 C. de c.). Por el contrario, la modificación del art. 122 C. de c. en 1989 introduce como modalidades del tipo de la s.com dos variantes: “simple o por acciones”.

De la regulación de la s.com.a. (arts. 151 a 157 C. de c.) resulta que *todo* el capital de esta modalidad estará dividido en acciones, formado por la aportación de *todos* los socios, uno de los cuales, al menos, será socio colectivo de responsabilidad personal por las deudas sociales y administrador de la compañía.

El art. 213, b) RRM exige en la inscripción de la s.com.a. la constancia de la condición de socios colectivos en las personas a que se encargue de administración. Por otra parte, el art. 215 remite, en lo no previsto para la s.com.a., a los preceptos reglamentarios relativos a la s.a., “en la medida en que lo permita su específica naturaleza”.

Del estudio de su régimen actual, contenido en la reforma del C. de c., resulta que la s.com.a. no se trata ya de una modalidad de sociedad colectiva (personalista), sino de un tipo capitalista, con todo el capital dividido en acciones, en el que participan todos los socios. El rasgo tipológico que la diferencia de las demás sociedades capitalistas, es, precisamente, el de su administración. El socio —accionista— administrador asume la responsabilidad personal del socio colectivo por las deudas sociales; pero no es que la administración social corresponda a los socios colectivos, sino que éstos lo son como consecuencia de ser administradores. Si esta condición se pierde, se deja de ser socio colectivo; a la inversa, el nuevo administrador asume la condición de socio colectivo desde el momento de su nombramiento (art. 155 C. de c.).

Ello supone una diferencia radical con el régimen de administración en la s.a. y de la s.r.l. El propio de la s.com.a. es de *autoorganicismo*, ha de recaer en socios de la compañía. Y aunque el art. 152 C. de c. invoque la aplicación de la LSA, salvo en lo incompatible con las disposiciones específicas de la s.com.a., y el 155.1 se remita al régimen de la s.a. en cuanto a “las facultades, los derechos y deberes de los administradores”, lo que caracteriza a la s.com.a. son las diferencias. Así, el cese del cargo de administrador no se produce *ad nutum* (art. 131 TRLSA) sino que supone una modificación estatutaria, pone fin a su responsabilidad ilimitada por las deudas sociales posteriores a su inscripción en el RM, da lugar a indemnización si se adopta sin justa causa y requiere consentimiento expreso de los socios colectivos

el nombramiento de nuevos administradores o la modificación del régimen de administración (art. 156 C. de c.).

La modificación del régimen de administración previsto en los estatutos requiere el consentimiento expreso de todos los socios colectivos. El régimen puede ser el permitido para la s.a. Aparte del caso del administrador único y único socio colectivo, es posible la administración solidaria de dos o más socios colectivos, la conjunta o mancomunada de dos y la de un Consejo de administración. Admitimos así que los socios colectivos se sometan en órgano colegiado al principio mayoritario, salvo, naturalmente, en aquellos acuerdos para los que legalmente se exija “consentimiento expreso de todos los socios colectivos” (unanimidad), como son los de nombramiento de administradores, modificación del régimen de administración, cambio de objeto social, o continuación de la sociedad más allá del término previsto en los estatutos (art. 156.2 C. de c.)

IV. DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES

Para terminar, una referencia al tema de los deberes y responsabilidades de los administradores, que parece necesaria por la novedad de la modificación del TRLSA, en virtud de la Ley 26/2003, de 17 de julio (“de transparencia”) y por la asimetría que introduce en esta materia entre los diversos tipos de sociedades capitalistas.

El modelo de diligencia del administrador lo estableció en el nuevo Derecho de Sociedades español el art. 79 LSA de 1951, sobre el molde “de un ordenado comerciante y de un representante leal”. El TRLSA, en su art. 127, se refirió, sin cambiar el modelo, al “ordenado empresario”. La Ley 26/2003, modificó este artículo para añadir en su apartado 2 el deber de los administradores de “informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad” e introducir los artículos 127 *bis a quater*, en los que se desarrollan los deberes de fidelidad, lealtad y secreto.

La modificación, lógicamente, incide en el sistema de responsabilidad del administrador de la s.a., por cuanto ésta nace de los actos u omisiones contrarios no sólo a la Ley y a los estatutos, sino a los *deberes* inherentes al desempeño del cargo (art. 133.1 TRLSA), responsabilidad que se extiende al “administrador de hecho” (art. 133.2 TRLSA).

Se ha pasado así del régimen benévolo de la LSA de 1951, que justificaba su lenidad en el clima de “honestidad” en que normalmente se desenvuelve la vida de los negocios en España (E. de M.), y que permitía una franquicia para los actos de negligencia no grave, a un régimen de severa dureza, que hace de la administración social una verdadera actividad de riesgo.

Pero, de una parte, el paso de los conceptos jurídicos indeterminados a la concreción de los deberes parece “tipificar” las infracciones, resta facultades a la apreciación judicial del caso y, en consecuencia, puede permitir que por las fisuras de la previsión legal escapen conductas ilícitas que el juez no sancione por no estar expresamente previstas en la norma punitiva.

Aparte de esa consideración, la reforma del TRLSA por la Ley 26/2003 la aleja del régimen de la s.r.l., cuyo art. 61, inspirado en el anterior 127 TRLSA, no ha sido modificado, ni a él se han añadido los *bis a quater* incorporados al TRLSA. Si bien el art. 69 LSRL sigue remitiéndose a la s.a. en cuanto a la responsabilidad de los administradores, el régimen de deberes, cuya infracción es causa de responsabilidad, ya no es el mismo (art. 133, en relación con los 127, *bis a quater*, TRLSA, y 61 LSRL).

Por el contrario, la remisión que el art. 155 C. de c. hace al régimen de los administradores de la s.a. en cuanto a "deberes", hace que la reforma del TRLSA sí se aplique a los de la s.com.a.

La consecuencia que se desprende de esta modificación no parece coherente y complica aún más el cuadro comparativo entre los diversos tipos de sociedades capitalistas que he pretendido exponer en esta conferencia.

sección derecho administrativo

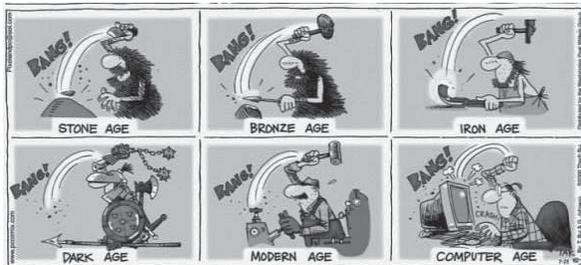


La Ley 11/2007, de acceso electrónico de
los ciudadanos a los servicios públicos

Eduardo Gamero Casado
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide

I. LA ERA DE LA INFORMACIÓN

- En el último cuarto del siglo XX se ha producido una transformación radical de la sociedad
- Hemos entrado en un nuevo período histórico: la Era de la Información (Castells)



II. ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS

- Planes y acciones que estimulen la implantación de las TICs en toda la sociedad
 - Iniciativa *Info XXI*: 2001/03
 - Plan *España.es*: 2004/05
 - Plan *Avanza*: 2006/10
 - Plan *Moderniza*: 2006/08
- Aprobación de normas que permiten el desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento
- Objetivo: promover seguridad jurídica

III. NORMAS PREVIAS SOBRE SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y e-ADMINISTRACIÓN

- Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
- Ley 56/2007, de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información
- Ley 59/2003, de Firma Electrónica
- Modificaciones a la LRJPAC mediante Ley 24/2001
 - Registros telemáticos
 - Notificaciones electrónicas
- Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones
- Otras disposiciones sectoriales: Ley del Servicio Postal...
- De rango reglamentario; en la AGE:
 - RD 263/1996, por el que se regula el uso de las técnicas EIT (modificado por RD 209/2003)
 - Orden PRE/1551/2003

IV. RASGOS GENERALES DE LA LEGISLACIÓN PREVIA SOBRE e-ADMINISTRACIÓN

- Carácter fragmentario y disperso, ausencia de un código o ley-marco
- Carácter muy técnico de la legislación
- Tradicional divorcio entre calidad técnica y calidad jurídica
- Regulación en normas programáticas:
 - No directamente aplicables, sino exigidas de desarrollos posteriores
 - Tal desarrollo correspondía a todas las AA.PP.: Estado, CC.AA, EE.LL., entes especializados...
- Inexistencia de regulación suficiente en el marco del art. 149.1.18ª CE:
 - Ruptura del "régimen básico de las AA.PP."
 - Daba lugar a desigualdades

V. GESTACIÓN DE LA LAE

- Comenzó siendo Ley de Administración electrónica; nuevo título poco expresivo
- Negociaciones previas con CC.AA.: devaluó su contenido (D.F. 3ª)
- Tramitación parlamentaria meteórica:
 - Consejo Ministros: 12/12/2006
 - Congreso de los Diputados: 210 enmiendas, tramitadas en 1 mes
 - Aprobación en Comisión (competencia desleal): 24/4/07
 - Senado: 132 enmiendas; Dictamen de la Comisión: 5/6/07; cambia el nombre a LSPE; Pleno del 6/6/07: denominación definitiva de la LAE
 - Congreso, 2ª vuelta: 14/6/07
 - Conclusión: menos de 9 meses entre borrador de anteproyecto y entrada en vigor (el 23/6/07)

VI. OBJETO DE LA LEY

- Art. 1.1 LAE (leer)
- Definición Comisión Europea: "El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa", comunicación COM (2003) 567 final, de 26/09/2003
 - el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas
- El objeto real de la Ley no es el derecho de acceso, sino la regulación e impulso de la Administración electrónica
- Expresión "servicios públicos" en sentido impropio (como en art. 106.2 CE)

VII. REQUISITOS GENERALES DEL USO DE LAS TICs POR LA ADMINISTRACIÓN

- Establecidos en el art. 1.2 LAE
- Son problemas comunes a TICs no específicos de Administración electrónica
- **Integridad.** Demostrar que el documento está completo sin haber perdido parte de la información que contenía
- **Inalterabilidad.** Tiene que ver con lo anterior, pero es necesidad garantizar que nadie ha manipulado deliberadamente el documento alterando su contenido.
- **Autenticidad o autenticación.** Demostrar que el autor del documento es precisamente quien dice ser y no otra persona:
 - en origen:* Administración
 - en destino:* ciudadano
- **Conservación.** Garantías de duración
 - Degradación de los soportes
 - Obsolescencia de aplicaciones informáticas para utilizarlos
- **Confidencialidad.** En el tráfico del documento por redes abiertas debe garantizarse que nadie sea capaz de acceder a su contenido
- **No rechazo o no repudio en origen y en destino.** Predicable de las transacciones telemáticas: si se remite una notificación administrativa por vía telemática, el medio empleado debe poder demostrar
 - En origen:* que el remitente lo envió sin que pueda negar que lo hizo
 - En destino:* que el receptor lo recibió sin poderlo negar tampoco
- **Finalizado**
- Decae antiguo requisito art. 45.4 LRJPAC: previa aprobación de programas y aplicaciones informáticas

VIII. FINALIDADES LAE: ART. 3

- No es habitual la enunciación de fines en textos articulados
- Utilidad: orienta la interpretación jurídica, canon teleológico como prevalente (espíritu y finalidad de la Ley, art. 3.1 Cc)
- Fines:
 - Facilitar ejercicio de derechos por ciudadanos
 - Facilitarles acceso a la información y al procedimiento administrativo
 - Crear condiciones de confianza
 - Mejorar el funcionamiento de la Administración
 - Simplificación administrativa
 - Etc.

IX. ÁMBITO DE APLICACIÓN LAE

- Art. 2.1 LAE:
 - Todas las Administraciones públicas, territoriales o especializadas
 - Ciudadanos, en sus relaciones con la Administración

- Relaciones interadministrativas
- Entidades de Derecho público, sólo en relaciones de Derecho público (art. 2.1 y 2); no entidades "privadas":
 - Criterio formal muy deficiente
 - Por ejemplo, deja fuera a Correos, prestador del SNTS
- Corporaciones de Derecho público: deben considerarse incluídas
- El ámbito es mayor que la propia Ley 30/1992
 - La LAE se aplica también a Seguridad Social, Administración Tributaria, etc.
 - Excepción: D.A. 4ª: inaplicación del Título III (gestión electrónica de los procedimientos) en materia tributaria, de seguridad social y desempleo y de régimen jurídico de los extranjeros en España

X. TÍTULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO

- Norma básica en su práctica integral (D.F. 1ª)
- 2 Títulos competenciales distintos, ambos en el art. 149.1.18ª
- Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas: SSTC 50/1999, 76/1983
 - vertiente estática
 - creación de órganos, relaciones interadministrativas
- Procedimiento administrativo común: SSTC 227/1998
 - vertiente dinámica
 - forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento

XI. LA LAE COMO LEY COMÚN

- Ambos títulos competenciales tienen una misma finalidad: garantizar un tratamiento común de todos los ciudadanos ante todas las Administraciones públicas:
 - Bases del régimen jurídico: SSTC 32/1981, 1/982
 - Procedimiento común STC 50/1990
- Naturaleza: "común" en el sentido de "ius commune"
 - Interterritorial: vincula a otros poderes territoriales
 - Intersubjetivos: vincula a todas las formas de personificación del Estado
 - Pero no vincula al propio legislador estatal como si fuera una norma supraordenada: susceptible de modificarse mediante cualquier otra ley ordinaria (ejemplo: Ley 24/2001 en materia de notificaciones)

XII. CONTENIDOS PROPIOS DE LEY COMÚN

- Relaciona derechos de ciudadanos ante Administración electrónica (art. 6), complementando art. 35 LRJPAC
- Regula sedes electrónicas (art. 10) y actuación automatizada (art. 39):
 - Afecta a potestad de autoorganización

- Exige reformular la teoría del órgano y la del acto administrativo
- Establece obligaciones de cooperación interadministrativa:
 - Transmisiones de datos (art. 9)
 - Reconocimiento recíproco de certificados (art. 21)
- Regula los documentos electrónicos (art. 29) y sus copias (art. 30)
- Regula las notificaciones (art. 28) y los registros electrónicos (arts. 24 a 26)
- Regula el procedimiento administrativo electrónico:
 - Iniciación (art. 35)
 - Instrucción (arts. 36 y 37)
 - Terminación (art. 38)

XIII. LA LEY NO AGOTA EL TÍTULO COMPETENCIAL

- La Ley 11/2007 cede mucho espacio a cada AA.PP.:
 - Art. 10.3: condiciones e instrumentos de creación de sedes electrónicas
 - Art. 15.2: relación de sistemas de firma electrónica admitidos a los ciudadanos
 - Art. 18.1: sistemas de firma electrónica para actuación administrativa automatizada
 - Art. 21.3: mecanismos para verificación de estado de revocación de certificados
 - Art. 23: determinación de habilitaciones genéricas o individuales para realización de transacciones electrónicas en representación de interesados
 - Art. 27.4 a 6: regulación de las comunicaciones electrónicas (notif.)
 - D.F. 3ª: materialización del derecho de acceso
 - Preceptos no básicos: arts. 7, 31, 36, 39, 43, 44, ...
- Consecuencia: centrifugación del régimen jurídico de la Administración electrónica
- Conclusión: La LAE traiciona el espíritu del art. 149.1.18ª, era precisa mayor uniformidad
- Potencialidad del Esquema Nacional de Interoperabilidad para remediarlo

XIV. LA LAE COMO LEY ESPECIAL

- Es ley especial por razón a su objeto:
 - Supone existencia de dos leyes horizontales y paralelas: LAE y LRJPAC
 - La LAE no aclara cómo resolver antinomias
- La LAE como ley especial respecto a LRJPAC
 - En caso de conflicto, la LAE desplaza a la LRJPAC; ejemplo: registros, arts. 24.3 LAE y 38.4 LRJPAC
 - Si no hay antinomia, LRJPAC completa a LAE
- La LAE como ley general (transversal u horizontal) ante el resto del ordenamiento
 - Ocupa una posición sin precedentes
 - Supone que prevalece ante el Derecho común general: p. ej., Ley de Subvenciones
 - Sin embargo, si la Ley común en cuestión contiene previsiones especiales en materia de Administración electrónica, prevalece dicha Ley: por ejemplo, LCSP

XV. PRINCIPIO DE INTEGRIDAD DE GARANTÍAS

- Se infería del derogado art. 45.2 *in fine* LRJPAC, conocido doctrinalmente como principio de intangibilidad (OCHOA, BAUZA)
- Supone que el nivel de garantías de los ciudadanos debe ser *equivalente* en todos los procedimientos, con independencia de su modo de tramitación: electrónico o en soporte papel
- No exige que los trámites sean exactamente *iguales*, pero sí *equivalentes* (GAME-RO):
 - Pueden variar los trámites y plazos, siempre que se respete un nivel homogéneo de garantías
 - Exige adaptaciones del procedimiento administrativo a cada tipo de actuación
- Ejemplo: notificaciones telemáticas:
 - Cuando se practica en soporte papel, y resultan infructuosas (domicilio desocupado) ha de realizarse un segundo intento a distinta hora en el plazo de 3 días
 - Cuando se practica por vía telemática no es preciso ese segundo intento, pero en cambio hay que erigir garantías específicas en cuanto a la entrega efectiva de la notificación en el buzón del destinatario, su disponibilidad, el acuso de recibo, etc.
- La Ley restringe el principio de su contraste con LRJPAC, pero en realidad afecta a toda la legislación administrativa
- Traducción práctica: rediseño funcional de los procedimientos (arts. 33 y 34)

XVI. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

- Habilitación reglamentaria en el art. 27.6 LAE
- Antecedente: Da.A. 18ª LRJPAC (añadida en 2001), a favor de la AGE
- Decae el principio de reserva de Ley para imposición de este deber derivado del principio general de libertad del individuo (SSTC 83/1984, 93/1992 y 196/1997)
- En el resto de casos ha de imponerse por Ley el uso de las TICs *si no se mantiene el papel*
- En relaciones de sujeción especial: admite rango reglamentario: p.ej.:
 - Notificaciones al personal de la Administración
 - Organización de los servicios públicos

XVII. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

- Entronca con el art. 14 CE
- Tiene que ver esencialmente con los problemas de interoperatividad y conectividad
- Los medios implantados por la Administración no pueden producir discriminación entre ciudadanos (usuarios)
- Se entiende satisfecho cuando los medios implantados:
 - No supongan grandes exigencias de Hardware (memoria o velocidad de procesamiento)

- Permiten el uso con al menos los dos programas o navegadores más extendidos en el mercado
- La Administración puede suministrar a los usuarios programas específicos
- Problema: opciones de política general:
 - Algunas administraciones prefieren el software libre (Junta de Andalucía)
 - Otras, los programas comerciales
 - Ambas opciones tienen ventajas e inconvenientes
- Es preciso potenciar la interoperabilidad mediante cooperación interadministrativa

XVIII. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE SOPORTES

- Enunciado implícitamente en artículos:
 - 29: documento original
 - 30: copias electrónicas
 - 11: Boletines oficiales
- Antecedente: art. 45.5 LRJPAC (sigue vigente)
- Dispone de manifestaciones específicas en otros textos, como la LFE
- Adquiere un papel nuclear para impulsar la Administración electrónica:
 - Iguala la gestión digital a la gestión en soporte papel
 - Disipa toda duda sobre el valor jurídico que deben merecer los documentos electrónicos
- Reconoce que un acto administrativo dictado directamente en un fichero informático y firmado digitalmente, equivale a ese mismo acto impreso en papel y firmado de forma manuscrita
- Requisitos:
 - Firma electrónica mediante certificado de dispositivo seguro
 - Sellado de fechas

XIX. OTROS PRINCIPIOS GENERALES

- Principio de accesibilidad de información (tb art. 8):
 - Administración multicanal
 - Personas con discapacidad
- Principio de protección de datos
- Principio de cooperación:
 - Interoperabilidad
 - Reconocimiento mutuo de documentos electrónicos
- Principio de seguridad:
 - Mismo nivel de garantías y seguridad que en medios no electrónicos
 - Hasta hoy las exigencias de seguridad en medios electrónicos son desproporcionadas
- Principio de proporcionalidad (conectado con anterior)
 - Solo se exigirán las garantías necesarias para cada trámite
 - Solo se requerirán a los ciudadanos los datos que sean necesarios

- Principio de no discriminación:
 - A favor de personas que no manejan TICs
 - No hay reciprocidad: hace de peor condición a usuarios de TICs

XX. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS Y SUS COPIAS

- Documento electrónico: art. 29 LAE
 - Distinción acto/documento/soporte
 - El principio proclama equivalencia de soportes
 - Requisitos:
 - Firma electrónica (la que proceda)
 - Sellado de fecha, en su caso, electrónico
- Copias electrónicas de documentos: art. 30
 - Copias electrónicas de documentos electrónicos, apdo. 1
 - Copias electrónicas de documentos en papel, apdo. 2
 - Admite destrucción de originales en papel, apdo. 4
 - Digitalización electrónica de documentos privados, apdo. 3
 - Copias en papel de documento electrónicos: apdo. 5

XXI. PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS

- Notión:
 - No es pasar a tramitación electrónica los trámites en papel, sino reconcebir el procedimiento administrativo
 - Exige reingeniería de procedimientos: más de 2000 en AGE
 - Suponen un importante desafío, transforma radicalmente la actuación administrativa
- Rediseño funcional de procedimientos (arts. 33 y 34, no básicos): criterios
 - Simplificación administrativa
 - Reducción de documentación de ciudadanos: sustitución por intercambio de datos o aportación a la finalización del procedimiento
 - Reducción de plazos y tiempos de respuesta
 - Racionalización en distribución de cargas de trabajo

XXII. FASES DEL PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO

- Iniciación (art. 35)
 - Mediante formularios accesibles sin restricciones
 - Aportación de copias digitalizadas de documentos; excepcionalmente se podrá pedir cotejo del original
 - Los sistemas normalizados de solicitud pueden incluir cruces automáticos de datos
- Instrucción (art. 36): poco significativo
- Acceso de interesados a estado de tramitación (art. 37)

- Procedimientos electrónicos: garantía de acceso al contenido completo del expediente
- Resto de procedimientos (solo en AGE): al menos fase de tramitación y órgano instructor
- Es una novedad muy reseñable
- Fácilmente articulable al diseñar la aplicación informática de gestión del procedimiento
- Terminación (art. 38): poco significativo
- Recapitulación: existe remisión tácita a la adaptación sectorial de los procedimientos

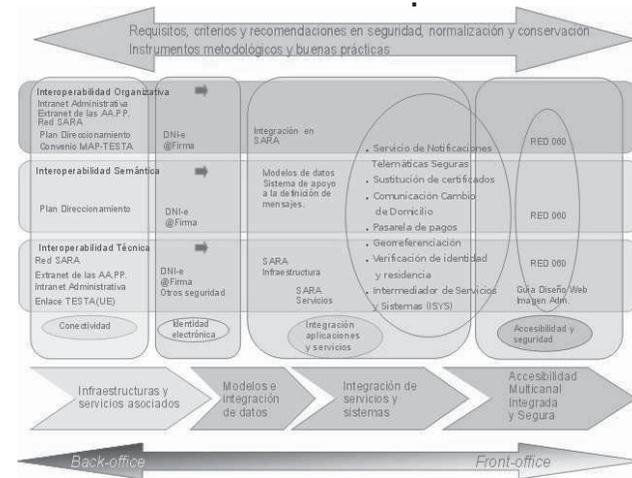
XXIII. SOPORTES A LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA

- Archivo electrónico de procedimientos (art. 31):
 - Depósito electrónico de documentos
 - Debe asegurar migración de datos a otros formatos y soportes que garanticen acceso desde diferentes aplicaciones
 - Garantías de seguridad: conservación, integridad, autenticidad, confidencialidad
 - Control de accesos e identificación de usuarios
- Expediente electrónico (art. 32):
 - Conjunto de documentos electrónicos de un procedimiento
 - Un mismo documento puede incluirse en varios expedientes (metaexpediente administrativo)
 - La remisión del expediente se entiende realizada con su puesta a disposición
- Supresión de la aprobación previa de programas y aplicaciones que impone el art. 45.3 LRJAP

XXIV. COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA

- Institucional (art. 41): Comité Sectorial de Administración Electrónica, dependiente de la Conferencia Sectorial de Administración Pública
- Concertación material (art. 42): Esquema Nacional de Seguridad y Esquema Nacional de Interoperabilidad
 - Problemas graves de concertación que bloquean la e-Admón
 - Vinculantes para todas las AA.PP.
 - Se aprobó mediante Real Decreto: ¿suficiencia de rango?
 - Precedente: *Criterios de seguridad, normalización y conservación de las aplicaciones utilizadas para el ejercicio de potestades* del CSI (últ. versión: 2.2, de 24/6/04)
- Extraordinaria importancia de la interoperabilidad
 - Dimensiones técnica, organizativa, semántica y jurídica
 - Necesidad de desarrollo normativo inmediato
 - Puede recomponer la centrifugación existente en el régimen jurídico de la administración electrónica

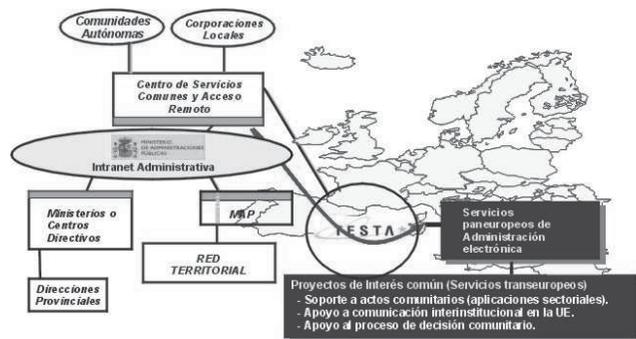
XXV. DIMENSIONES DE LA INTEROPERABILIDAD



XXVI. COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA

- Reutilización de aplicaciones (arts. 45 y 46)
 - Cesión entre AA.PP. sin necesidad de convenios
 - Directorios actualizados de aplicaciones para libre actualización
 - Centro de transferencia de tecnología: mero repositorio
- Red integrada de atención al ciudadano (art. 44)
 - Promueve ventanilla única
 - Articulable mediante convenios de colaboración
 - La DSMI la establece como obligatoria a partir del 28/12/09
 - Debería ser régimen jurídico básico, no sujeto a convenio

XXVII. RED INTERADMINISTRATIVA



XXVIII. CONCLUSIONES

- El Derecho administrativo exige una adaptación dogmática general como consecuencia de la Administración electrónica (BARNÉS, PIÑAR, COTINO, GAMERO)
- La LAE lleva a cabo decididamente esta tarea
- En lo formal:
 - Texto de excelente factura técnica y jurídica
 - Acaba con el tradicional "divorcio" en la legislación sobre Administración electrónica
- En lo material: sensaciones contradictorias
- Contiene novedades relevantes:
 - Derecho universal a usar TICs
 - Registro telemático obligatorio
 - Futuro desarrollo básico de interoperabilidad
 - Administración multicanal
 - Etc.
- Es poco ambiciosa:
 - Debía explotar con mayor intensidad el título competencial: imposición de derechos, notificaciones telemáticas (DEU)
 - Hace de peor condición a usuarios de TICs
 - Resignado pragmatismo
- Finalmente:
 - LAE como sillar de un nuevo Derecho administrativo, coherente con el tiempo en que debe aplicarse: la *Era de la Información*
 - Solo por eso ya es de enorme importancia

sección de derecho procesal



Ejecuciones judiciales dolosamente
frustradas. Breve comentario del delito
de insolvencia punible y su penalidad

Eduardo José Navarro Miranda
Juez sustituto

El art. 257 de Código penal, sustitutivo y ampliatorio de viejo art. 519 del CP de 1973, reza, tras sentar el tipo genérico en su número uno del apartado primero *“El que se alice con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”*, castigando con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: *“2º Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.”* En su apartado segundo, expresa la extensión objetiva y subjetiva, en cuanto a la modalidad comisiva *“2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.”*, siendo que la Jurisprudencia de la Sala segunda de nuestro Alto Tribunal en sentencias como las de 14 de octubre de 1985 y 5 de julio de 1986, señalan que el tipo aquí ventilado se refiere a miles de formas comisivas inimaginables que lleven a la insolvencia, e imposibiliten al acreedor la satisfacción de su crédito. En suma pues, hablamos de un ilícito de peligro, de simple actividad, de tendencia o resultado cortado, que se consuma por la simple ocultación de bienes, o simulación de deudas, con evidente intención dolosa de defraudar a créditos legítimos, sin precisar resultado perjudicial alguno, perteneciendo el perjuicio real a la fase de agotamiento del delito, y no, a la de perfección. Como requisitos del tipo, pacífica Jurisprudencia y doctrina científica, establece los parámetros exigidos para su contemplación:

1º) *Existencia de uno o más créditos generalmente preexistentes, reales, y de ordinario, vencidos, líquidos y exigibles*, aunque es frecuente que los defraudadores ante la inminencia del vencimiento de un crédito futuro, se anticipen, frustrando las legítimas expectativas de su acreedor o acreedores, así se pronuncian, entre otras y por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14/02 y 7/4 de 1992, y 20/02 y 8/10 de 1996, siendo esta última sentencia de especial interés en cuanto a la previsibilidad del crédito o “exigibilidad en su día”, cuanto literalmente sienta: *“El requisito objetivo que exige el tipo lo constituye la existencia de uno o varios créditos reales y exigibles en su día de los que sea deudor el acusado del delito, sin la necesidad de que esos créditos estén vencidos o fueran líquidos en el momento del alzamiento, de ahí que digamos “exigibles en su día”, pues entender la necesidad del vencimiento como requisito comisorio sería tanto como desnaturalizar la esencia de este acto defraudatorio, ya que es precisamente el temor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda lo que induce en pura lógica al vendedor a evitarlo con la necesaria anticipación, deshaciéndose de todos sus bienes o parte de ellos para así caer en insolvencia total o parcial e impedir a los acreedores o dificultarles el cobro de lo debido.”*

2º) *Animo de defraudar a los acreedores, mediante la ocultación o enajenación de todo o parte de su patrimonio*. El elemento subjetivo consiste en la intencionalidad del agente comisivo de “alzarse” con sus bienes en perjuicio de su acreedor o acreedores, utilizando para ello el mecanismo de desaparición simulada o aparente del patrimonio que sirve de garantía al crédito. Esa intencionalidad directa (no cabe la comisión por imprudencia) ha de inferirse necesariamente de los actos realizados por el deudor en orden a provocar su insolvencia, que normalmente consisten en la transmisión de sus bienes, ya sea a familiares, amigos o personas de su confianza que ya saben de antemano lo ficticio o irreal de esa transmisión, o a terceras personas jurídicas cuyo control se tiene asegurado mediante cualquiera de las figuras mercantiles representativas de las mismas, ya administradores solidarios o mancomunados,

ya consejero delegado; *bien de forma indirecta mediante la titularidad de su accionariado o la concesión de poderes mercantiles plenos*. No hay que olvidar en ningún caso que el delito batido constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el art. 1911 del Código Civil, y de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio, en este último sentido la Sentencia del T.S. de fecha 26 de diciembre de 2000.

3º) *Materialización de tal ánimo, merced a una conducta dinámica* que no es posible identificar en un “*numerus clausus*”, pues es cualquier actividad tendente al fin expuesto. En la actualidad alzamiento de bienes o insolvencia punible equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse, ocultación o sustracción, en la que caben diversas modalidades: puede apartarse físicamente algún bien para que el acreedor ignore donde se encuentra, o a través de algún negocio jurídico en el que se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos en los supuestos de personas físicas, o sociedades directa o indirectamente controladas en el ámbito de personas jurídicas, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en las donaciones de padres a hijos, bien se trate de negocios ficticios que, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real. Así se pronuncian entre otras las sentencias de la Sala 2ª del T. Supremo 667/2002 de 15-4-2002 que sienta: *“El artículo 257.1.2 del Código vigente define como conducta punible cualquier maniobra del deudor encaminada a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo realizada con la finalidad de perjudicar a sus acreedores.”*, en el mismo sentido la Sentencia nº 1717/2002 de 18/10/2002.

4º) *Insolvencia total o parcial, real o aparente del deudor* —Vid. Sentencia TS de 6 de marzo de 1991—, siendo que a este respecto y como ya se ha perfilado antes, basta interpretar correctamente este tipo penal como un delito de tendencia en el que es suficiente para su contemplación la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento. De hecho la jurisprudencia de la Sala 2ª del T.S. viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión “insolvencia”, y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación “De las insolvencias punibles”, de modo semejante al Texto Punitivo de 1973. En resumen, lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por último en cuanto a la penalidad del delito, y con independencia de la concurrencia de circunstancias modificativas, conforme aplicación del art 66 de C. Penal, y de la necesaria atención a lo dispuesto en el art. 50 del C. Penal en cuanto a la personalización de la pena se refiere, la gravedad de los hechos viene determinada por su peligrosidad para el bien jurídico protegido, que la jurisprudencia identifica con la intangibilidad del patrimonio del deudor para poder afrontar las responsabilidades pecuniarias derivadas del cumplimiento de sus obligaciones (Vide STS de 5 julio 2005), amén de las circunstancias personales de los autores, y a la función de prevención general limitada que corresponde al Derecho penal, siendo que la horquilla penológica se establece en pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, con la correlativa inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ex art. 56,2 de mentado Texto Punitivo, y para el ejercicio de la profesión u oficio, conforme al apartado siguiente del citado precepto, que en el supuesto de intermediación comisiva de mercantiles u otro tipo de entes jurídicos susceptibles del tráfico económico-jurídico, lo será igualmente para la dirección y administración de empresas por el mismo período de tiempo de la eventual condena; y por lo que a la multa se refiere, queda su extensión a criterio del juzgador, si bien su importe habrá de ponderarse a las concretas circunstancias económicas del penado, como ordena el apartado 5º "in fine", del art 50 del C. Penal, con la especial particularidad establecida en el art. 31,2 del C. Penal que reza literalmente: "1. *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.* 2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*", peculiar extremo en cuanto a la corresponsabilidad social del cumplimiento de la pena, que dota a la interdicción punitiva de un extraordinario instrumento en aras a la efectividad de la pena, extramuros a tratamiento propio de la responsabilidad civil, de prioritaria relevancia en sede ejecutiva.

Es de necesaria mención la especial fundamentación vinculatoria exigida por el art. 56,3, entre la persona física y la eventual jurídica implicada en la comisión de este ilícito, para cuya concurrencia se han establecido requisitos jurisprudenciales de observancia, a saber, y en primer lugar por cuanto que en la ejecución del hecho, que se haya actuado con manifiesto abuso de las cualidades mercantiles representativas, y en segundo por cuanto los hechos mismos, en el ejercicio dicho, hayan tenido relación directa con el delito cometido; en este sentido se decantan, por todas, la STS 20.3.2003 y STS 3.10.2003; todo ello sin obviar la correlativa responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago, responsabilidad esta que es naturalmente transparente a toda entidad.

Por último apuntar en cuanto a las responsabilidades incardinadas en sede penal por los arts. 116 y 110 del Código Penal, reiterada Jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, referida a alzamiento de bienes, pero de cómodo y adecuado encastre en las insolvencia tratadas, como la STS núm. 1662/2002 de 15-10-2002 nos recuerda que "la Jurisprudencia de esta Sala ha sentado como regla general que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que la misma no nace del delito y su consumación no va unida a la existencia de lesión

o perjuicio patrimonial sino a la de un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores; por ello se afirma que lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad de los negocios jurídicos así otorgados, con la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo los inmuebles objeto de la disposición a la situación jurídica preexistente, reintegrando de esta forma al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo", en el mismo sentido la SSTS núm. 238/01, de 19/02/2001 o 1716/01, y de 25/09/2001); cuestión que aplicada al ámbito inmobiliario puede complicarse extraordinariamente dando lugar a pronunciamientos indemnizatorios subsidiarios ex art. 110 del C. Penal, es decir, *la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales*, por la previsible irrupción de la figura del tercero de buena fe con título inscrito, protegido registralmente conforme lo establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que podría vedar el efectivo reintegro inmobiliario al patrimonio del primitivo deudor incriminado, deviniendo la restitución jurídicamente discutible al albur de lo establecido en el art. 111 del Código Penal, donde se prevé que la restitución del mismo bien procederá, siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable, encuadrándose la reparación e indemnización como un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible y así se pronuncia la Jurisprudencia de la Sala Segunda que en sentencias como la 2055/00, de 29/12/2000, con cita de otras precedentes, advirtiendo en su fundamento de derecho quinto que *"la restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única"*. Por último, huelga citar que batiéndose en estos lances criminales, precisamente el fracaso del cobro del crédito por parte de su legítimo detentador, crédito siempre preexistente al delito, y frustrado en su realización por el "alzamiento patrimonial" practicado y correlativa iliquidez para su pago, corresponde también, en el apartado de responsabilidades civiles, y ante la presencia de personas jurídicas implicadas en su comisión, a la condena conjunta y solidaria del importe defraudado, incrementado en los intereses del art. 576,1 de la LEC; con expresa declaración de las responsabilidades civiles subsidiarias que cupieren.

Indulto; jurisprudencia

Antonio Ferrer Gutiérrez

I. INDULTO SOLUCIÓN FRENTE A PENAS EXCESIVAS

"Pero lo que en modo alguno puede hacerse es no aplicar la penalidad que dispone el Código penal, si ésta fuere procedente, porque la ley no autoriza al juzgador, en caso de que considere desproporcionada la sanción correspondiente, otra opción que solicitar el indulto o exponer al Gobierno las razones por las que considera que dicha penalidad es excesiva, pero nunca dejar de imponerla, conforme a la sujeción a la ley, que se proclama en el art. 117 de nuestra Carta Magna". STS 189/2009 de 25 de febrero, *(Tol 1474878)*.

II. EVOLUCIÓN PERSONAL

"Alega su cambio de situación personal, no sólo en relación con el delito sino también con la vida de relación. Todo ello, en su caso, podría dar lugar a que, en su momento, se solicitase un indulto por la recurrente a la vista de su evolución penitenciaria". SST, num. 933/2008 de 18 de diciembre *(Tol 1432489)*.

"Cuestión distinta es que el transcurso del tiempo haya propiciado una alteración profunda de la persona que en un tiempo anterior cometió el hecho delictivo que se enjuicia. Esa profunda alteración, que se alega en el recurso y que consisten en la superación de la adicción y el cambio en su estado civil y una socialización completa, podrá motivar una petición de indulto, pero no altera la subsunción de los hechos efectuada en la sentencia". SST num. 793/2008 de 26 de noviembre. Documento *(Tol 1413526)*.

III. RECURRIBILIDAD DE LA DECISIÓN DE PROPONER O NO

"el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que esas decisiones sean fiscalizables sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional". ATC, Sala 1ª, num. 360/2007 de 5 de octubre

"El indulto puede ser solicitado por los penados, por sus parientes o por cualquier otra persona en su nombre, conforme a su legislación reguladora y también puede instar su concesión —consignándolo o no en el fallo— el Tribunal sentenciador, al que en cualquier caso le compete informar la solicitud (STS 16-2-96); y hemos dicho en reiteradas ocasiones (así, por todas SSTs 22-4-1993, 14-10-2002 y 31-10-2002) que la facultad de proposición de un indulto es puramente potestativa y discrecional y, por tanto, no atacable su no ejercicio a través del recurso de casación por infracción de ley". ATS num. 1099/2006 de 11 de mayo, *(Tol 952984)*.

En igual sentido: ATS num. 840/2006 de 16 de marzo, *(Tol 925397)*.

IV. ÓRGANO COMPETENTE PARA INFORMAR

"según Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de fecha 20-4-2001, el Tribunal Supremo sólo será competente para informar un indulto cuando como tribunal sentenciador, dicte segunda sentencia". ATS num. 840/2006 de 16 de marzo, *(Tol 925397)*.

En igual sentido: ATS num. 1099/2006 de 11 de mayo, *(Tol 952984)*.

V. PETICIONES SUCESIVAS

"después de la firmeza de la sentencia se podría obtener indulto de alguna condena, e incluso, después de denegado el derecho de gracia, reiterarse o intentarse de nuevo una y otra vez si variasen las circunstancias y la condena todavía se hallase pendiente de cumplimiento (STS de 17 de septiembre de 2003)". ATS num. 795/04 de 27 de mayo, *(Tol 448665)*.

VI. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

"el cambio jurisprudencial producido ..., no puede considerarse como razón que justifique la revisión de las sentencias firmes anteriores en las que se condenó por ambos delitos. Es por ello que en el propio Acuerdo Plenario de 19 de octubre de 2001, se dispuso, en su número 3º): "no procederá la revisión de sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes de indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente Acuerdo". ATS de 30 de diciembre de 2004, *(Tol 639106)*.

"Por otro lado según el Acuerdo de esta Sala de 19-10-2001 tampoco procede la revisión de las sentencias firmes dictadas con arreglo a los criterios que para apreciar el subtipo agravado de notoria importancia existían con anterioridad a este acuerdo que fija nuevas cuantías para la agravación, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes de indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulte del mismo". ATS num. 1656/2005 de 8 de septiembre, *(Tol 725820)*

"el cambio jurisprudencial no es equiparable al concepto de "hecho nuevo" a los efectos del párrafo 4º del art. 954 LECrimn., ya que nunca podría estimarse como un hecho nuevo que evidenciase la inocencia del condenado y ello hace obligado denegar la autorización de la interposición del recurso. Sin embargo, queda abierta la posibilidad del indulto". ATS de 5 de junio de 2002 *(Tol 839371)*

"Los efectos de un cambio jurisprudencial no pueden ser equiparados a los de una ley derogatoria de la anterior, en cuyo caso la propia norma derogatoria prevé el procedimiento de revisión, sino una nueva interpretación del mismo, que parte de la asunción de que la anterior interpretación cabía en la norma aplicada". ATS de 27 de Noviembre de 2002, *(Tol 839372)*.

"Esta Sala ya ha declarado en casos idénticos la improcedencia de acceder a la revisión, sin perjuicio de la posibilidad de interesar el indulto. En tal sentido debe reiterarse que algunas resoluciones de esta Sala —como la sentencia de 6 de mayo de 1998 o la de 13 de febrero de 1999— han sostenido que los cambios jurisprudenciales deben ser tomados en cuenta, a efectos del recurso de revisión, como hechos nuevos, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/97 y su doctrina. Sin embargo no puede olvidarse que esta Sentencia del Tribunal Constitucional queda limitada al concreto campo del Tribunal de Garantías Constitucionales, y que el alcance que el art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuye a las sentencias de dicho Tribunal no se puede extender a las sentencias de esta Sala ni a las de los demás órganos jurisdiccionales del Poder Judicial". ATS de 2 de marzo de 2001, *(Tol 839344)*

En igual sentido: ATS de 5 de octubre de 2005, *(Tol 839436)*; ATS de 30 de octubre de 2003, *(Tol 839395)*.

VII. INAPLICACIÓN DE LA PENA

"La posible ineficacia del cumplimiento de la pena privativa en un caso concreto y la eventual frustración de las finalidades de las penas que proclama el art. 25.2 CE, no habilita ni al Tribunal de instancia ni a esta Sala, en trance de recurso de casación, a decidir la inejecución de la pena, sin perjuicio de que los argumentos esgrimidos por el recurrente pudieran hacerse valer en trámite de ejecución en orden a sustentar una posible sustitución o incluso una petición de indulto". ATS num. 2353/05 de 27 de octubre (*Tol 758449*)

"Tal y como ha puesto de manifiesto esta Sala en las sentencias 694/2003, de 20 de junio y 226/2001, de 1 de marzo, no toda pena que se juzgue desproporcionada debe ser inconstitucional, siendo así además que sólo al legislador compete su regulación. Los Tribunales, únicamente pueden utilizar los mecanismos que proporcionan, por una parte, el artículo 4.3º del Código Penal y, de otra, el apartado 2º del mismo precepto sobre petición de indulto, para la individualización de la pena. Ahora bien, lo que no es posible es inaplicar la pena que establece el Código Penal, si ésta fuere procedente., conforme a la sujeción a la ley, que se proclama en el art. 117 de la Constitución española". ATS num. 220/2005 de 19 de diciembre, (*Tol 820955*)

VIII. CONTROL DE LA LEGALIDAD DEL INDULTO

"Aclarado que es competencia del Tribunal sentenciador el control de la legalidad, en lo concerniente a los elementos reglados del acto de indulto, resulta evidente que el ejercicio de las facultades que la Constitución y la Ley otorgan a esta Sala no puede generar ningún conflicto jurisdiccional. El control de legalidad de la actividad administrativa no corresponde más que a los Tribunales y, en todo caso, no hay actos excluidos de este control, ni otros Poderes del Estado que pudieran reclamar esta competencia para sí. Por lo tanto, ningún órgano del Estado tiene jurisdicción para ejercer la potestad emanada del art. 106 CE respecto de si el indulto decidido mediante el RD 2392/2000 cumple con las exigencias establecidas en la Ley de Indulto, particularmente con las reguladas en los arts. 4 y 11 de dicha ley". ATS de 18 de enero de 2001, (*Tol 440333*)

"Esta Sala no entiende, qué razón jurídica puede haber para eliminar únicamente este límite legal del derecho de gracia, de la comprobación de la legalidad de la medida por parte del Tribunal sentenciador. Si se admite que todos los otros límites deben ser controlados, es evidente que el previsto en el art. 4 de la Ley de Indulto también debe ser controlado, pues su naturaleza no es diversa de la de los otros límites establecidos por la ley. Ni el recurrente ni el Excmo. Sr. Fiscal, han expuesto ningún argumento que justifique la imposibilidad jurídica de control de este límite del derecho de gracia. El auto TC 360/90, citado por el recurrente, sólo dice que "sustancialmente" las decisiones en materia de indulto no son fiscalizables por los órganos jurisdiccionales, pero no excluye la fiscalización de los límites previstos en el art. 4 de la Ley de Indulto, pues éstas no se refieren a la decisión gubernamental del indulto, que nadie discute, sino a su adecuación a la ley.

En la medida en la que el indulto no afecta al carácter delictivo del hecho que motivó la condena, la pena o la parte de la pena ya cumplida, comporta la caducidad de los derechos sobre los que recayó la ejecución. La excepción que el art. 8 de la Ley de Indulto contiene para la pena de multa —digámoslo una vez más— no puede ser convertida en regla. Si la

posible restitución prevista en el art. 8 de limitó a la multa, no es por un olvido o error del legislador, sino porque la restitución de un funcionario al cargo público del que abusó implica una decisión de política legislativa de singular envergadura, para la cual el legislador, razonablemente, no encontró justificación alguna. Por lo demás, cuando el art. 6 de la Ley de Indulto se refiere a la pena accesoria de inhabilitación, no dice que el indulto de ésta pueda alcanzar a las partes de la pena que ya han sido cumplidas. Al contrario, el art. 4 de la Ley rige también, sin excepciones, respecto de lo dispuesto por el art. 6 de la misma". ATS de 5 de febrero de 2001, (*Tol 440345*)

IX. INDULTO Y CONDENA CONDICIONAL

"Las defensas de tales partes alegan, en primer lugar, que para el referido cómputo ha de tenerse en cuenta el indulto parcial otorgado, a lo que se opone el Ministerio Fiscal con fundamento en la expresión "pena impuesta" utilizada en el mencionado art. 81.2º, en relación con el contenido de la Consulta 1/1972 y Circular 6/1975 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, conforme a lo cual la acusación pública entiende que para ese cómputo ha de tenerse en consideración la pena señalada en la sentencia ("pena impuesta") sin deducción alguna en estos casos de indulto parcial. De acuerdo con una interpretación literal parece tener razón el Ministerio Fiscal, y más aún si tal art. 81.2º lo ponemos en relación con los argumentos recogidos en las citadas instrucciones de la Fiscalía General del Estado, pues ello nos conduce a la pena señalada en la sentencia que determinó la sanción, sin tener en cuenta la reducción por los correspondientes indultos parciales.

Sin embargo, esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cierto es que sin argumentación alguna por no haberse suscitado cuestión sobre el tema, en alguna resolución (sentencia de 22.4.96) y en algunos informes emitidos en expedientes de indulto (al menos en dos, uno de 27.6.2000 —recurso de casación 3.943/1998— y otro de 15.2.2001 —recurso de casación 2.068/1997), ha venido proponiendo o informando con relación a esta materia en sentido contrario al ahora defendido por el Ministerio Fiscal, de modo que, en algunas ocasiones, al proponer o informar sobre algún indulto parcial lo venimos haciendo con el criterio de que la pena fijada en la sentencia quede reducida a unos límites tales (ahora no superior a esos dos años de prisión), que permitan a la Audiencia Provincial aplicar esa suspensión de ejecución de la pena si lo estima oportuno. Es decir, venimos reconociendo a los tribunales de instancia la facultad de aplicar esta suspensión de ejecución de la pena de prisión cuando ésta, reducida por el indulto parcial, no resulta superior a esos dos años a que se refiere el mencionado art. 81.2º CP.

Consideramos que debemos mantener esta postura, a fin de que, en aquellos casos en que se estime equitativo acordar sólo el indulto parcial de una pena de privación de libertad superior al mencionado límite de dos años, sea posible evitar el ingreso en prisión del indultado, cuando la pena residual no supere este límite. Estimamos que hay que dejar la puerta abierta a esta posibilidad.

No nos sentimos vinculados a esa interpretación literal de la expresión "pena impuesta" defendida por el Ministerio Fiscal. La finalidad de esta institución de la suspensión de ejecución de las sanciones privativas de libertad, lo mismo que la que tenía la remisión condicional del CP anterior, es permitir que, respecto de ciertas penas de prisión de corta duración, no sea forzoso el ingreso en prisión del condenado cuando hay circunstancias que así lo aconsejan.

Interpretar en favor del reo esta norma del art. 81.2ª CP está en la línea del espíritu de la ley: que algunos condenados a la privación de su libertad tengan la posibilidad de no ir a prisión. En último término, esta interpretación permite una mayor flexibilidad en la aplicación de las penas de prisión que en definitiva quedan acortadas por las razones de equidad que se tuvieron en cuenta al concederse el indulto". ATS de 29 de mayo de 2001, (Tol 440343)

X. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN MIENTRAS SE TRAMITA

Art. 4.4º Código Penal: "El párrafo primero del art. 4.4 CP, para los casos en que hay petición de indulto y el juzgado o tribunal hubiera apreciado en resolución fundada la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, dispone de modo preceptivo que se suspenda la ejecución de la pena en tanto no se resuelva sobre tal petición de indulto.

El párrafo segundo del mismo art. 4.4 concede al juzgado o tribunal la facultad de suspender la ejecución de la pena mientras se tramita la petición de indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste (el indulto) pudiera resultar ilusoria. Se trata, desde luego, de una facultad que la ley confiere al órgano judicial que dictó la sentencia para evitar los perjuicios que pudieran derivarse del hecho de que una pena, que pudiera ser indultada, lo fuera cuando ya se hubiera cumplido en todo o en alguna porción importante.

Antes de publicarse este CP de 1995 ya se había visto la necesidad de tal suspensión de ejecución en aquellos casos en que se tenía que cumplir una pena de prisión con cierto retraso a contar desde la firmeza de la sentencia condenatoria, concretamente cuando el penado llevaba algún tiempo haciendo una vida normal sin delinquir, de modo que esa vida habría de verse truncada por el ingreso en prisión. Para casos excepcionales como éstos parece ser que está prevista esta facultad de suspensión de ejecución de la pena". ATS de 29 de mayo de 2001, (Tol 440343)

"el nuevo Código Penal ha introducido una disposición de difícil interpretación en el art. 4º.4 que, en verdad, no se refiere a la reparación de la lesión jurídica, sino que autoriza la suspensión de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, si el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y hubiere mediado petición de indulto. Como resulta claro no es la ejecución de la pena lo que puede determinar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino la duración irrazonable de la situación procesal del acusado. La ejecución de la sentencia dictada en un proceso de duración irrazonable, en realidad, sólo agotaría la lesión jurídica, pero ésta ya tuvo lugar antes de la conclusión del proceso, precisamente cuando se produjo el retardo injustificado.

El art. 4º.4 CP., por lo tanto, no contiene una norma que establezca la reparación judicial de la lesión jurídica, sino una simple autorización de suspensión de la ejecución de la sentencia. Ello es así porque ningún acusado tiene un derecho a ser indultado; el indulto no es ejercicio de una potestad jurídica sino del derecho de gracia y como tal discrecional. El rechazo de una solicitud de indulto no puede ser recurrido ante ningún Tribunal; ni siquiera existe un derecho a que se dicte una resolución favorable o no sobre una petición de indulto. STS num. 94/2007 de 14 de febrero, (Tol 1038380)

"Si bien no contiene una norma sobre la reparación, el art. 4.4 CP, contiene, de todos modos, un criterio sobre las posibles soluciones jurídicas que ha podido adoptar el legislador. En efecto, en la medida en la que se autoriza, bajo ciertas condiciones, la suspensión de

la ejecución de la sentencia, la ley parte de la ejecutabilidad de la sentencia recaída en un proceso con dilaciones indebidas. Es decir, que nuestro derecho no admite considerar que el proceso sin dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez de la sentencia. Con ello deja fuera de consideración el punto de vista de una parte de la doctrina que sostiene que la duración irrazonable del proceso determina la nulidad del proceso mismo". ATS num. 719/2002 de 3 de abril

"Expresamente se establece en el artículo 32 de 18 de junio de 1870, de ejercicio de la gracia de indulto, que su solicitud o propuesta no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria. Por otra parte no se dan en este caso las circunstancias previstas en el artículo 4.4 de del Código Penal, puesto que no existe ni hay razón para dictar resolución judicial fundada que establezca que por el cumplimiento de la pena pueda resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La dilación alegada por la recurrente y que califica de indebida, no ha existido en tanto que no hay constancia de que se determinara por órgano jurisdiccional el retraso de más de siete años en iniciarse el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, sino que fue determinado por la propia interesada al no presentarse ni ser encontrada para dar comienzo al cumplimiento. Ahora, aun cuando por vía de indulto se redujera la duración de la pena por considerar que ya no sería la cantidad de droga objeto de ilícito tráfico de notoria importancia, no parece evidente que la reducción por el indulto pudiera determinar que, si se continúa el cumplimiento de la impuesta a la condenada, un perjuicio irreparable. Y, por supuesto, no se observa infracción alguna en el caso del derecho a la libertad personal garantizada por el artículo 17.1 de la Constitución que exceptúa de vulneración de tal derecho la privación de libertad con observación de lo establecido en el mismo artículo y en la forma prevista por la Ley, como es aquí la determinada por la imposición de condena privativa de libertad devenida firme y ejecutoria". STS num. 1765/2002 de 28 de octubre, (Tol 226029)

En igual sentido: ATS de 8 de septiembre de 1998, (Tol 440100), STS num. 934/1999 de 8 de junio

XI. NECESIDAD DE FUNDAMENTACIÓN

"En concreto, "las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo" (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; también, STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2).

Esta afectación al valor libertad exige que este tipo de resoluciones "no sólo constituyan la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso" sino también que exterioricen "los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto" (STC 8/2001, FJ 2).

En particular, habida cuenta también de que esta suspensión "constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE, la resolución judicial debe ponderar las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras

finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4) (STC 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; también, STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4). STC Sala 1ª num. 57/2007 de 17 de abril

XII. CARÁCTER EXCEPCIONAL

Es doctrina de este Tribunal (AATC 17/1980, 57/1980, 257/1986, 249/1989, 294/1989, 141/1990, 47/1996 110/1996, 326/1996) que la suspensión es una medida provisional, de carácter excepcional y de aplicación restrictiva al existir un interés general en la efectividad de las resoluciones de los poderes públicos y, en particular, en la ejecución de las resoluciones judiciales". ATC, Sala 2ª, num. 83/2001 de 23 de abril

XIII. INDULTO Y PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

El artículo 4.4 del Código Penal, en su último inciso, permite tal suspensión, mientras no se resuelva sobre él, cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria. Es entonces obvio que la suspensión acordada por la Sala de instancia tiene necesariamente que paralizar, excepcionalmente, los efectos de la prescripción de la pena. STS de 1 de diciembre de 1999, (Tol 51349)

XIV. ACUERDOS NO JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 18 de mayo 2005, respecto informes sobre indultos: El Tribunal Supremo será competente para informar indultos, como tribunal sentenciador, cuando dicte segunda sentencia —en todo caso—.

En igual sentido: Acuerdo no Jurisdiccional Pleno Sala 2ª Tribunal Supremo de 5-4-2005, (Tol 636171); Acuerdo no Jurisdiccional Pleno Sala 2ª Tribunal Supremo de 20-4-2001, (Tol 118838)

Acuerdo no jurisdiccional de la Sala II, de 8 de enero de 2001, sobre la determinación del órgano competente para examinar la legalidad de un indulto concedido por el Gobierno a un Magistrado condenado por delito de prevaricación, (Tol 238402). En la Junta celebrada el 8 de enero de 2001 se plantea la determinación del órgano competente para examinar la legalidad del indulto concedido por el Gobierno a un Magistrado condenado por delito de prevaricación. Varios Magistrados exponen que corresponde a la Sala sentenciadora aplicar el indulto y, en consecuencia, ejercer un control de legalidad, para verificar su adecuación a la ley. Así se infiere del art. 62 i) CE, del art. 31 de la Ley de 1870 (LI), del art. 6 LOPJ. El Tribunal sentenciador no podría aplicar un indulto ilegal. Otros Magistrados defienden que la decisión de indultar en el marco de la legalidad es competencia del ejecutivo. El tribunal sentenciador debe moverse en el ámbito de la interpretación de lo resuelto por aquél, con objeto de aplicarlo; y únicamente podría oponerse a su ejecución de darse una arbitrariedad de las que veta el art. 9, 3 CE. El control de legalidad que podría ejercer el tribunal sentenciador se limita, pues, el caso de una posible ilegalidad manifiesta. Otros expresan que indulto no es una disposición

legal sino un acto del consejo de Ministro con forma de decreto y como todos los actos de esta clase están sujetos al control de legalidad, según las reglas generales de competencia en la materia (art. 6 y 58 LOPJ). Según esto, el acto como tal no puede ser objeto de otro control que el de la jurisdicción contencioso-administrativa. Al tribunal sentenciador le corresponde sólo decidir sobre la incidencia del indulto en la pena. Tras el debate correspondiente, se acuerda por mayoría que corresponde al Tribunal sentenciador decidir si se ha producido ilegalidad en la concesión del indulto y en el caso concreto sometido a examen se considera ilegal el indulto de la pérdida definitiva del empleo y cargo judicial, por lo que sólo podrá ser ejecutado en lo restante.

XV. FISCALÍA GENERAL DE ESTADO

Consulta num. 1/1994, de 19 de julio, sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas penales ante una solicitud de indulto. (Tol 119945).

Conclusiones:

1.- La exigencia de estar a disposición del Tribunal Sentenciador para la tramitación de un expediente de indulto no ha de identificarse necesariamente con el efectivo ingreso en prisión.

2.- A tenor de los artículos 32 de la Ley de Indulto y 2.2 del Código Penal la simple iniciación de un expediente de indulto no lleva aparejada automáticamente la suspensión de la ejecución de la condena.

3.- No obstante, tanto el artículo 202 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993, permiten que el Juez o Tribunal facultativamente puedan acordar la suspensión de la ejecución de la condena ante una solicitud de indulto en tramitación.

4.- El informe del Fiscal sobre la procedencia o no de suspender la ejecución de la pena ante una petición de indulto deberá decidirse caso por caso tomando en consideración una valoración provisional sobre la prosperabilidad de la petición y los perjuicios que podrían derivarse de no suspenderse la ejecución. Más en concreto, deberán ponderarse, entre otros, los siguientes factores: tiempo transcurrido desde la comisión del delito; existencia de dilaciones indebidas no imputables al penado; efectiva rehabilitación del mismo; satisfacción de las responsabilidades civiles; si se trata de una primera petición o de la reiteración de otra ya denegada y la clase y duración de la pena impuesta.

5.- La resolución judicial decidiendo la suspensión o no de la ejecución, que puede ser revisada en cualquier momento, debe adoptar la forma de auto, valorándose en cada supuesto la conveniencia o no de interponer recurso en caso de que la decisión se aparte del informe del Fiscal.

Instrucción número 5/1992, de 19 de junio, sobre la interpretación del artículo 2º, numero 2, de la ley de 18 de junio de 1870. (Tol 120088).

"Por ello, hay que interpretar la frase del artículo 2 número 2 de la Ley de 18-6-1870 en su verdadero sentido, y éste lo único que dice es que se exceptúan de la posibilidad de ser indultados "los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena", pero dicho precepto, no exige el ingresar en prisión para que se tramite un expediente de indulto..."

XVI. ACUERDOS AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID:

Acuerdo no Jurisdiccional de las secciones penales de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 mayo de 2006 en relación a la posibilidad de interrupción de la prescripción de la pena durante la fase de ejecución según el art. 133,1 y 134 CP 95: Durante la suspensión de la pena por solicitud de indulto, o durante la acordada por el Tribunal Constitucional tras admitir a trámite el recurso de amparo, se interrumpe el plazo de prescripción de la pena. (Acuerdo logrado por mayoría: 23 votos a favor, 5 en contra).

Acuerdo no Jurisdiccional de las secciones penales de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 mayo de 2004 en relación a la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad durante la tramitación del indulto en aplicación al art. 4.4. párrafo segundo del Código Penal: Entender que es aconsejable, como criterio rector para la suspensión de la ejecución, el que marque el propio tribunal en el informe que prevea que va a emitir en su momento.

De forma que si va a informar positivamente sobre el indulto suspensa la ejecución, y en cambio cuando, una vez examinada la petición y sus fundamentos no encuentre motivos excepcionales y singulares para la propuesta del indulto, deniegue la suspensión, ponderando todos los factores, entre ellos la duración de la pena impuesta.

XVII. DOCUMENTOS RELACIONADOS:

Indulto; concepto y régimen legal *(Tol 1754725)*

Indulto; contenido y alcance *(Tol 1754726)*

Indulto; proceso de concesión *(Tol 1754727)*

Indulto; ejecución de la pena durante su tramitación *(Tol 1754728)*

XVIII. FORMULARIOS EN MATERIA DE INDULTO:

- 1.- Escrito solicitando la concesión de un indulto particular *(Tol 1754730)*
- 2.- Escrito solicitando la suspensión de la ejecución mientras se tramita la petición de indulto *(Tol 1754731)*
- 3.- Auto accediendo a la suspensión de la ejecución mientras se tramita el expediente de indulto *(Tol 1754732)*
- 4.- Diligencia de ordenación incoando expediente de indulto *(Tol 1754733)*
- 5.- Diligencia de ordenación acordando recabar informe del ministerio fiscal *(Tol 1754734)*
- 6.- Informe de la sala sobre la concesión de indulto *(Tol 1754735)*
- 7.- Oficio de remisión del expediente al Ministerio de Justicia *(Tol 1754736)*

sección penal



¿Otra reforma más?

Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del código penal. (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)

Francisco Javier Álvarez García
Catedrático de Derecho penal
Universidad Carlos III

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho penal
Universidad Jaime I

En las líneas que siguen no pretendemos entrar a valorar aspectos concretos del Proyecto, entre otras razones, y al margen de cierto pudor personal, porque justamente esa labor es la que han desempeñado nuestros colegas en esta obra, a la cual, en su condición de especialistas de los diversos aspectos tratados, han consagrado, con generosidad, competencia y entusiasmo, su tiempo, experiencia y sus valiosos conocimientos.

Nuestro objetivo es simplemente tratar de contextualizar esta nueva reforma penal y hacerlo sin demasiadas pretensiones teóricas de política-criminal, sino más bien descendiendo a un plano mucho más concreto y cercano.

En efecto, no perseguimos una evaluación de las reformas penales nacidas desde la instauración del sistema democrático, ni tan siquiera una descripción del citado periodo. Únicamente buscamos situar el proceso actual en el marco de la anterior y de la presente legislatura. Sabido es que la reforma que desembocó en el Código penal de 1995 no alcanzó el consenso esperado, esto es, que finalmente se abstuvo el Grupo Popular. Así mismo, y salvo la LO 7/2003, pactada entre los dos grandes partidos, las otras dos grandes modificaciones de lo que ha venido llamándose “contrarreforma de 2003” —las Leyes Orgánicas 11 y 15 de 2003—, entonces impulsadas por el Gobierno conservador, tampoco obtuvieron el consenso del Grupo Parlamentario Socialista. De modo que, salvo las múltiples pero “pequeñas” aunque de gran impacto modificaciones habidas desde entonces —entre ellas las concernientes a violencia de género y seguridad vial—, ninguna reforma amplia del texto ha logrado el respaldo de las dos grandes formaciones políticas. Y en materia penal esta no es desde luego una buena dinámica, y no lo es por razones obvias, pues al margen de las naturales y saludables diferencias concretas —como por ejemplo en la reciente reforma de la interrupción voluntaria del embarazo—, debería existir un mínimo denominador común, un acuerdo básico sobre el modelo de justicia penal.

Pues bien, en nuestra opinión, la primera consideración a reflejar es la necesidad de lograr ese acuerdo entre la mayoría que actualmente respalda al Gobierno socialista y el principal grupo de la oposición, y si fuera posible sumar también el apoyo de los demás grupos parlamentarios. Naturalmente este presupuesto es opinable y quedará condicionado, según la óptica política que se adopte, al precio que deba pagarse para poder alcanzarlo. Pero todo consenso conlleva renunciaciones recíprocas. Quien no lo vea así, es decir, quien no esté dispuesto a pagar un precio por el consenso, o está ciego, o es un iluso o simplemente se comporta como un hipócrita. Y desde luego es posible y legítimo partir de la necesidad de no renunciar al programa respectivo, y con el respaldo de la mayoría parlamentaria hoy existente aprobar las reformas que se consideren oportunas. Pero entonces el precio a pagar consistirá en asumir que cuando se conforme otra mayoría parlamentaria, con idéntica legitimidad, impulsará “contrarreformas” penales.

Sin perder esta perspectiva, creemos que no puede entenderse políticamente este nuevo proceso de reforma, primero, sin considerar la finalidad del consenso como prioritaria; y segundo, sin subrayar su “íntimo parentesco” con el contenido y objetivos de las dos iniciativas surgidas durante las dos últimas legislaturas, ambas con Gobiernos socialistas presididos por Rodríguez Zapatero. Así, al margen de matices o aspectos novedosos casi siempre surgidos de la “actualidad” criminal, las coincidencias entre el Proyecto de 2007, el Anteproyecto de 2008 y el actual Proyecto de 2009, resultan evidentes para cualquiera que las lea con cierta

inteligencia y detenimiento. Nos referimos sobre todo a las materias objeto de la reforma, así como a las líneas fundamentales de la orientación político-criminal subyacentes, al margen, claro está, de importantes diferencias en la regulación concreta propuesta, tanto de naturaleza técnico-jurídica como incluso política. De suerte que, nos atrevemos a intuir, detrás de estas profundas coincidencias, fluye una trabajada corriente favorable al consenso. Si ello es así, quizás explicaría —que no justificaría, pues esto sí que es opinable—, que los diferentes equipos titulares de los Ministerios de Justicia en esta etapa —tres exactamente, tantos como iniciativas de reforma—, hayan seguido, al margen de diferencias de contenido, esta línea básica común. Esto es, que conforme a directrices del Gobierno, han renunciado a iniciativas tendentes a “imponer” el programa político-criminal del Partido Socialista a cambio de tratar de alcanzar un modelo de mínimos con la oposición.

Y antes de proseguir, aunque sea una obviedad, pero que en ocasiones se ignora, hasta ahora hemos hablado de iniciativas de reforma, esto es, de los impulsos de modificación de la ley penal; esta iniciativa, entre otros actores, corresponde al Gobierno, lo que ya ha hecho. Sin embargo, la última palabra la tiene el Parlamento, sede final del proceso y en la que ahora ya se encuentra el texto que, tras un complejo procedimiento de debate y elaboración, en su caso, se convertirá en ley. Conviene no olvidar las sensibles diferencias entre ambas instancias, así como su respectiva autonomía, manifestaciones mayúsculas de la separación de poderes y del sistema parlamentario democrático.

Para apuntalar la conexión entre las tres iniciativas de reforma citadas, 2007, 2008 y 2009, pero en especial entre las dos últimas, nos limitaremos a destacar un aspecto formal pero a nuestro juicio definitivo de lo hasta ahora aquí dicho. El actual Proyecto de 2009 se considera tan heredero del Anteproyecto de 2008, que no se ha estimado ni tan siquiera necesario someterlo a los preceptivos Informes del Consejo General del Poder Judicial ni del Consejo Fiscal. Y ello porque el texto de partida de 2009 ha sido, así de explícito, el de 2008, lo que tampoco puede ni debe olvidarse a efectos de contextualizar políticamente la iniciativa de reforma. Es más, cualquier lectura detenida del mismo comprobará inmediatamente como muchos de los cambios introducidos en el Proyecto de 2009 —aunque no todos, desde luego— traen causa directa y literal, en las observaciones contenidas en los dos citados Informes. De ahí que el actual cuerpo de reforma penal únicamente fuera sometido en verano pasado al Informe del Consejo de Estado, precisamente éste porque no había sido consultado en relación al Anteproyecto de 2008. Probablemente este dato resulta de una elocuencia altamente significativa.

No deseamos extendernos más en este aspecto, si bien antes de concluir quisiéramos plantear algunas reflexiones finales. En primer lugar, que todo lo señalado anteriormente no comporta que el ideal de consenso, ni las urgencias, dispensen de los errores técnicos o de las evidentes posibilidades de mejora del texto. En segundo lugar, tampoco pensamos que el consenso lo justifica todo, ni mucho menos, que en aras de este consenso concreto se deba coincidir políticamente con todas o algunas de las orientaciones inspiradoras de la reforma. Nada de ello lo pensamos, y creemos que los diferentes profesionales jurídicos, y muy en especial los académicos, debemos comprometernos en mejorar la calidad de nuestra legislación penal. Ahora bien, entonces es necesario diferenciar dos planos muy diversos en esta tarea.

En uno, nuestra función será contribuir a la mejora técnica de las normas, con la finalidad de favorecer una aplicación más racional y previsible de las mismas. En este aspecto queda-

mos sometidos a la lógica de la legalidad, esto es, a la lógica de seguir una regla, y en este juego deben primar las exégesis construidas desde la Constitución.

Sin embargo, existe otro plano, en el que también podemos y debemos entrar —como cualquier otro ciudadano, si bien ilustrado—, que es el de las valoraciones de naturaleza político-criminal, claro está al margen de evidentes diferencias de legitimidad. Pero entonces ya no debemos aproximarnos desde una lógica jurídica —ni menos aún revestidos de una pretendida verdad de la Ciencia—, sino que deberemos razonar desde la lógica de la política. Pero esta lógica ya no responde al método de seguir una regla, sino que obedece a la necesidad y a la oportunidad, esto es, al análisis de consecuencias y a la metodología prospectiva.

No diferenciar ambos planos comporta incurrir en un error conceptual y metodológico grave, o bien, acogerse a la conocida sentencia taurina que alude a la comodidad de "ver los toros desde la barrera".

En lo que presumimos que sí estamos todos de acuerdo es en la necesidad de reformar nuestras leyes penales por muchas y conocidas razones de variada índole. Y también, asumimos, que "no son buenos tiempos para la lírica", es decir, para reconstruir un Derecho penal desde los derechos fundamentales y desde el ideal de libertad.

II

Los autores de esta obra, decenas de profesores de Derecho Penal y Procesal, han llevado a cabo su tarea con una sola finalidad: aportar una reflexión académica sobre un texto concreto, el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2009. Y se ha hecho desde una vocación inequívocamente altruista y positiva, esto es, con la sana intención de contribuir a su mejora. De ahí que, como punto de partida, renunciamos, al encontramos ya en una fase tan avanzada como es el periodo de presentación de enmiendas, a cuestionarnos el todo —aunque muchos de nosotros profesen esa convicción—, contentándonos con asumir un abordaje apegado al texto, es decir, posibilista. Pero naturalmente, y aunque se trate de una aproximación limitada a los contenidos previamente fijados en el Proyecto, las alternativas propuestas toman como referencia el modelo de Derecho penal que nuestros maestros nos han enseñado, esto es, un entendimiento humanista, progresista y apegado a los valores del Estado social democrático de Derecho.

Así pues, el objetivo esencial de esta obra consiste en ofrecer un texto mejorado del Proyecto, para ponerlo a disposición de la sociedad, enriquecer el debate y tal vez, incluso, lograr que alguno de sus contenidos sea tomado en consideración en el proceso legislativo. Porque como es evidente, creemos que es posible mejorar el texto, y por ello hemos intentado mitigar los lógicos y varios errores que padece el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal. Decimos que "lógicos errores" porque todo proceso de cambio normativo los padece, y más cuando las urgencias, el tempo político, obliga a trabajar sin el necesario sosiego. Sin embargo, en este punto nos vemos obligados a añadir una suerte de reivindicación gremial, pues en la práctica totalidad de las reformas legislativas, desde el primer Gobierno democrático tras la Dictadura fascista, se han empeñado en un olvido clamoroso de la Universidad. Semejante omisión es altamente significativa, y en cualquier caso comporta una, cuanto menos, inexplicable renuncia a sumar el conocimiento labrado en la institución pública consagrada a la investigación científica y a la enseñanza superior del Derecho.

En efecto, ya desde el año 1978 los penalistas españoles venimos insistiendo en la necesidad de que los proyectos que elabore el Gobierno, y antes de ser presentados en Cortes, sean sometidos a dictamen por los universitarios españoles, que son los únicos que no opinan en el seno de un procedimiento institucionalizado, pues los Fiscales lo hacen a través del Consejo Fiscal, los Jueces mediante el Consejo del Poder Judicial, pero los Profesores no, nosotros no opinamos. Esto, desde luego, no deja de ser curioso, pues nunca en toda su historia hubo tantos y tan buenos penalistas en España; además los tenemos de todas las edades, desde jubilados de auténtico lujo (Vives Antón, Torío López, Cerezo Mir, Gimbernat Ordeig, Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo) hasta jóvenes de veinte y tantos años con una excelente preparación; y entre esas edades, y a pesar del burocrático y desalentador sistema universitario español, decenas de penalistas que están entre los mejores del mundo. Pues bien, en correspondencia con este derroche de inteligencia nuestros gobiernos, todos los de la democracia, han prescindido de la estructura universitaria a la hora de evaluar los proyectos legislativos.

Ciertamente se podría decir que en las comisiones formadas por el Ministerio de Justicia siempre figuran catedráticos de Universidad, lo que es cierto; pero no se trata de eso, o al menos no sólo de eso. La cuestión es que el conjunto de la comunidad universitaria —donde se reúnen especialistas en todas las materias, todos los delitos, todas las instituciones— pueda opinar sobre lo que se hace, pues únicamente de esa forma se puede abarcar todo el conocimiento que es necesario para llevar adelante una reforma ambiciosa y con mejores garantías de excelencia y eficacia. Pero además, pensamos que la participación de los universitarios aportaría, más allá de rigor técnico, del manejo de nuevas fórmulas o de los avances introducidos en otros modelos, un enriquecimiento exponencial del debate público.

Sin embargo, lo que en estas páginas parece lo lógico no se ha visto así —salvo excepciones contadas— por los diferentes equipos ministeriales. Más aún: en algunas ocasiones, desde "el Ministerio" siempre se ha tratado de llevar en secreto (no reservadamente, sino en secreto) el proceso de elaboración de las normas penales; cómo si el conocimiento por los operadores jurídicos de los distintos borradores fuera a poner en grave riesgo la seguridad del Estado! Afortunadamente en España el secreto tiene poca proyección, y antes o después se fueron conociendo los borradores, los anteproyectos y todo tipo de trabajo de elaboración de normas. Pero esa forma de llegar al conocimiento —al margen de la razonable reserva en determinadas fases de elaboración interna—, ese empeño en que no se conozca públicamente lo que se está elaborando hasta que está "todo cocido", impide entonces realizar un trabajo de evaluación, de crítica, de sugerencia, de aportación, de colaboración con los ciudadanos a través de la elaboración de "buenas normas". Pareciera así que gran parte de nuestros gobernantes desconfían especialmente de los penalistas académicos españoles, los mismos que son llamados —en razón de su probada competencia— por múltiples instancias internacionales.

El error de semejante proceder se ha podido constatar en numerosas reformas. En efecto, en algunas ocasiones no es que haya problemas de Política Criminal o de opciones legislativas, sino simplemente hay enormes y muy trascendentes errores técnicos, de desconocimiento del Código, de falta de apego a los principios penales básicos por ejemplo, invocar la taxatividad resulta cada vez más una verdadera excentricidad, de falta de reflexión sobre las consecuencias de las normas que se van aprobando. A decir verdad, nuestro Legislador

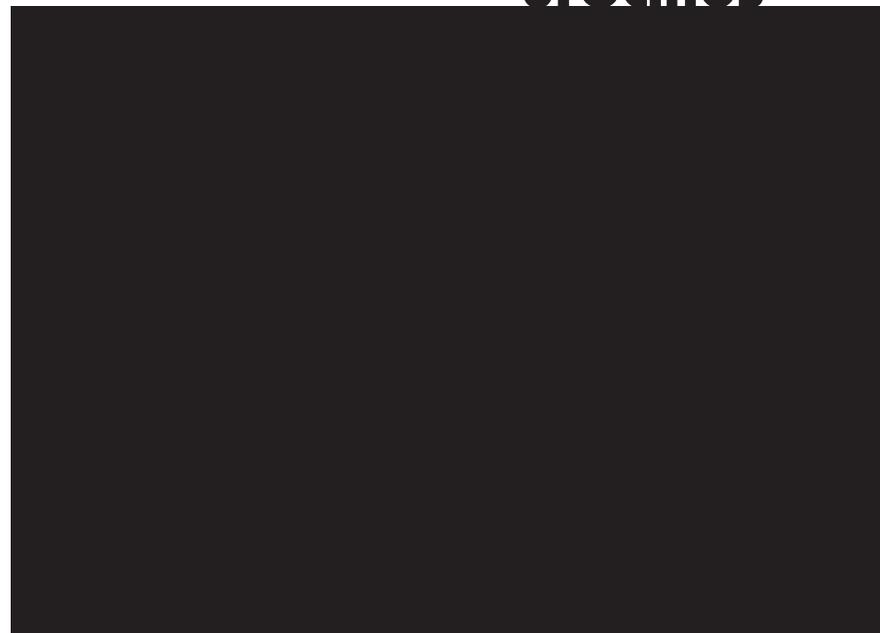
ha prescindido en ocasiones de las exigencias a las que los teóricos de la legislación vienen aludiendo desde hace años.

Todos estos problemas son los que nos han movido a un grupo amplio de penalistas y procesalistas a reflexionar sobre el Proyecto de Ley en marcha, a evaluar en qué medida incurre o supera algunos de los defectos antes enunciados. Se trata de un grupo que no es la primera vez que se reúne, ni para reflexionar sobre cualquier problema de Derecho Penal o Procesal, ni para comentar un Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal. Lo último, por ejemplo, lo hizo en relación al Proyecto de 2007 (esos trabajos se publicaron en una obra colectiva —La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009— que ha sido ampliamente utilizada). Pero otras muchas reuniones y proyectos han sido, y están siendo, afrontadas por este colectivo (a veces más amplio, en ocasiones más restringido, depende del empeño), desde libros de esquemas o manuales, reuniones científicas, seminarios, a proyectos más amplios de investigación que involucran a más de cien profesores; y todo ello presidido por la única autoridad admisible en el campus universitario: la argumentación y la libre discusión.

El Seminario que ha dado lugar a estas páginas se celebró los días 12 y 13 de marzo de 2010 en la Universidad Carlos III de Madrid, gracias al patrocinio del Instituto Alonso Martínez, de la Cátedra Antonio Quintano Ripollés, del Trust-CM sobre “Cultura de la legalidad” así como del Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia y el Decanato de la Facultad de Derecho de aquella Universidad. A él asistieron además de profesores de Derecho Penal y Procesal, jueces de la Audiencia de Madrid y miembros de la Fiscalía General del Estado; y se desarrolló en cinco mesas simultáneas en las que distintos ponentes expusieron trabajos sobre el Proyecto que llevaban preparando alrededor de tres meses. Las propuestas fueron todas discutidas, buscando puntos de acuerdo entre las mismas que cuando no se lograron han pasado a publicarse tal y como las formularon sus autores (por ello no es infrecuente en este libro que haya varias propuestas sobre el mismo asunto), aunque incorporando las ideas que hayan surgido en la discusión y que a cada cual le hayan parecido aceptables.

El resultado de estos trabajos es lo que se ha llevado al libro que tenemos la satisfacción de presentar. Esperamos que sus páginas lleguen a manos de la sociedad, del actual Ministerio de Justicia, de cuyos responsables tenemos la certeza de su sensibilidad y compromiso con los mismos valores que nos inspiran, y también del “cuerpo legislativo”; y que éste tenga al menos el tiempo suficiente para tomarlas en consideración, si lo estima oportuno.

sección de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos



Duración del contrato de arrendamiento:
plazos y prórroga en contratos anteriores
y posteriores a la LAU

Natalia Ruiz Villanueva

I. DURACIÓN CONTRATOS ARRENDAMIENTO SOMETIDOS A LA LAU/94

1. ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA

1.1. Duración: libremente pactada por las partes: plazo mínimo 5 años

- ❑ Contratos sin plazo o de duración indefinida: se entienden celebrados por 1 año. (a su vencimiento inicio de las prórrogas anuales hasta completar 5 años según voluntad arrendatario)
- ❑ Plazo mínimo: Artículo 9 LAU/94: 5 años desde el día en que se puso a disposición del arrendatario la vivienda: en contratos de duración inicial inferior, se establece un sistema de prórrogas anuales obligatorias para el arrendador y voluntarias para el arrendatario, hasta completar el plazo de 5 años.
 - Obligatorio para arrendador
 - Salvo CAUSA DE NECESIDAD de la vivienda. Artículo 9.3 LAU/94
 - Del arrendador para sí
 - Familiares del arrendador de primer grado de consanguinidad o adopción
 - Hijos naturales o adoptados
 - Padres
 - Cónyuge con sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial
 - En principio no aplicable a otros tipos de ruptura (Separación, medidas provisionales....)
 - No aplicable, en principio a parejas de hecho.
 - Debe existir sentencia firme de divorcio o nulidad que adjudique el uso de la vivienda arrendada al cónyuge del arrendador
 - Causa de necesidad de uso de la vivienda arrendada como domicilio permanente, que cubre necesidades básicas de alojamiento como primera vivienda.
 - Plazo para ocupar la vivienda: 3 meses
 - Desde extinción contrato (una vez cumplida la anualidad correspondiente)
 - Desde el efectivo desalojo de la vivienda por el arrendatario.
 - Duración de la ocupación: no se indica nada, es suficiente cualquier plazo de necesidad de ocupación como vivienda permanente aunque sea temporal.
 - El arrendatario deberá demostrar el fraude de ley, en su caso, para exigir la reposición del contrato de arrendamiento.
 - La Causa de Necesidad impide el nacimiento de una NUEVA PRÓRROGA, pero el PLAZO INICIAL DEBE CUMPLIRSE.
 - MENCIÓN EN CONTRATO: el contrato debe incluir la mención de la causa concreta de necesidad.
 - Resulta obvio que es imposible predecir en ocasiones dicha cláusula de necesidad, sobre todo en supuesto de necesidad del cónyuge, puesto que de antemano no se conoce la posibilidad de ruptura, por lo que es aconsejable en ese caso incluir la cláusula como genérica, previendo la posibilidad de tal causa.
 - Voluntario para arrendatario
 - Puede manifestar su voluntad de no prorrogar 30 días antes de la finalización del plazo inicial o de sus prórrogas

1.2. Obligatoriedad del plazo Inicial pactándolo

- ❑ Tanto arrendador como arrendatario deben respetar el plazo inicial pactado, salvo incumplimiento de obligaciones de la otra parte, causa de resolución o extinción del contrato.
 - El arrendatario no puede desistir unilateralmente del contrato antes de que se complete el plazo inicial pactado o el de cualquiera de las prórrogas en las que se encuentre:
 - solo puede evitar el nacimiento de cada periodo de prórroga mediante la denuncia 30 días antes del vencimiento del periodo anual en que se encuentre, o del plazo inicial pactado.
 - Solo cabe desistir: En contratos de arrendamiento de plazo inicial superior a cinco años y siempre que ya hubieran transcurrido cinco. Artículo 11 LAU/94.
 - Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario:
 - Supone un incumplimiento contractual
 - Faculta al arrendador:
 - A exigir el cumplimiento forzoso del contrato, exigiendo las rentas que se vayan adeudando.
 - Resolver el contrato: Artículo 27 LAU/94
 - Devolución de la posesión de la vivienda
 - Indemnización daños y perjuicios
 - Podrían ser la totalidad de las rentas del plazo inicial o de la prórroga en la que el contrato se encuentre
 - Moderación por los Tribunales: evitación de enriquecimiento injusto del arrendador que exige totalidad de rentas y además arrienda a un tercero
 - Aceptación: No cabe percepción de rentas tras la aceptación.
 - CONSEJO: Recoger en las cláusulas del contrato el supuesto de desistimiento anticipado, y, en su caso, la cantidad que como indemnización deberá abonar el arrendatario.

2. EN CUANTO A LA PRÓRROGA

2.1. En cuanto a la prórroga anual del artículo 9 LAU/94

- ❑ REGLA GENERAL:
 - Aplicación a contratos de vivienda de duración inicial pactada inferior a cinco años.
 - Prórroga automática:
 - Se aplica salvo los supuesto de excepción que seguidamente se exponen
 - Prórroga voluntaria para el arrendatario y obligatoria para el arrendador, salvo causa de necesidad expresada en contrato.
- ❑ EXCEPCIONES:
 - A CARGO DEL ARRENDATARIO: Manifestación del arrendatario 30 días ante del vencimiento del plazo inicial o de cualquiera de las prórrogas, de su voluntad de finalizar el contrato.
 - Forma notificación:
 - La LAU no establece requisitos de forma.

- Debe probarse la constancia de la recepción y el contenido dentro del plazo de 30 días establecido:
 - Aconsejable notificación fehaciente.
 - Validez de la notificación no recibida:
 - Si el arrendador se niega de forma injustificada a recibir la notificación, el intento produce todos los efectos de la notificación.
 - Si la falta de notificación solo es imputable al arrendador, el intento produce todos los efectos de la notificación.
 - Si la notificación se entrega a familiares o personas de círculo del arrendador, la notificación es válida
 - Si no existe denuncia del contrato en forma o ésta no se efectúa el arrendatario está obligado a soportar el nuevo plazo anual del contrato iniciado, con las consecuencias anteriormente expuestas.
2. A CARGO DEL ARRENDADOR: Causa de necesidad del arrendador expresada en el contrato, recogida en el Artículo 9.3 LAU/94:
- Supone la única causa por la que el arrendador puede impedir la continuación del contrato más allá del plazo inicial pactado, aún cuando sea inferior a cinco años, impidiendo, además, el nacimiento de las prórrogas.
 - Requisitos:
 - Debe figurar en contrato expresamente, si bien no es necesario indicar el momento concreto.
 - Tras la reforma operada por Ley 19/09 la causa de necesidad puede ser tanto del arrendador para si como para sus familiares de primer grado de consanguinidad o adopción (hijos naturales o adoptados y padres) y cónyuge con sentencia firme de divorcio o nulidad, que le atribuya el uso de la vivienda arrendada
 - La vivienda arrendada debe necesitarse para vivienda permanente.
 - El contrato se extingue no en el momento de notificación de la causa de necesidad, sino tras el vencimiento de la anualidad en la que se encuentre el contrato.
 - El plazo de duración inicial pactado debe respetarse: la causa de necesidad del arrendador evita el nacimiento de las prórrogas legales
 - La vivienda debe ocuparse en el plazo de los tres meses siguientes a la puesta a disposición de la vivienda (no de la extinción propiamente dicha)
 - La LAU/94 no exige un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda, contrariamente a la LAU/64 que lo exigía, por lo que, salvo supuestos de fraude de ley, que el arrendatario deberá demostrar, cualquier tiempo durante el cual el arrendador necesite la vivienda deberá ser suficiente para justificar la extinción del contrato.
 - Si el arrendador no ocupa la vivienda se faculta al arrendatario para elegir:
 - Reposición del arrendatario en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo periodo de hasta cinco años, indemnizándole de los daños y perjuicios que el desalojo le hubiera causado hasta la reocupación
 - Indemnización al arrendatario con una cantidad igual al importe de la renta por los años que quedaran hasta completar cinco

- Salvo que fuera por causa no imputable a éste. Este párrafo se introduce por Ley 19/09 de 3 de noviembre.
- ❑ PLAZO ANUAL DE LA PRÓRROGA:
 - La prórroga del Artículo 9 LAU/94 es siempre por periodos anuales íntegros, independientemente del tiempo inicial pactado en contrato (ya sea por semanas, meses o años).
 - En los contratos de duración inicial pactada por meses, semanas o días, la duración inicial superará siempre los cinco años, pues a las prórrogas anuales hasta alcanzar el plazo mínimo habrá que añadirle el plazo inicial.
 - Ejemplo: contrato de duración inicial pactada de 5 meses: De enero 2000 a mayo 2000
- ❑ Llegado su vencimiento
 - Inicio 1ª prórroga anual: Hasta mayo 2001
 - Inicio 2ª prórroga anual: Hasta mayo 2002
 - Inicio 3ª prórroga anual: Hasta mayo 2003
 - Inicio 4ª prórroga anual: Hasta mayo 2004
 - Inicio 5ª prórroga anual: Hasta mayo 2005
- DURACIÓN TOTAL: 5 AÑOS Y 5 MESES
- ❑ OBLIGATORIEDAD DEL PLAZO ANUAL DE PRÓRROGA:
 - Una vez nacido el periodo anual de una prórroga, por no haber existido denuncia previa de las partes, ambas partes están obligadas a respetar el plazo de la anualidad prorrogada.
 - El incumplimiento faculta al arrendador:
 - A exigir el cumplimiento forzoso del contrato
 - A instar la resolución del contrato, exigiendo indemnización de los daños y perjuicios generados.

2.2. Prorroga trienal del artículo 10 LAU/94

- ❑ Nace tras las prórrogas anuales del Artículo 9 LAU/94, siempre que el contrato haya alcanzado la duración mínima de cinco años.
- ❑ Plazo: 3 años
 - En 3 periodos anuales
- ❑ Es una prórroga voluntaria para ambas partes:
 - El arrendador y el arrendatario pueden evitar su nacimiento denunciando el contrato 30 días antes de la finalización de las prórrogas anuales para alcanzar el plazo mínimo de cinco años
- ❑ Una vez se inicia:
 - Es una prórroga de tres años obligatoria para el arrendador, salvo causa de necesidad o incumplimiento del arrendatario
 - El arrendatario queda obligado anualmente por la prórroga, pudiendo denunciar el contrato 30 días antes de cada anualidad, impidiendo el nacimiento de un nuevo plazo.

2.3. Tácita reconducción del artículo 1566 CC

- Aplicable tras el agotamiento de los regímenes de prórrogas regulados por los Artículos 9 y 10 LAU/94.
- Prórroga que se suma a los dos periodos anteriores.
- Regulada en el Artículo 1566 del CC.
- APLICACIÓN:
 - > Si tras los dos periodos de prórrogas el arrendatario permanece en la vivienda durante 15 días posteriores al vencimiento del último año de prórroga con la aquiescencia del arrendador, nace un nuevo contrato (no el inicial prorrogado), por remisión del Artículo 4.2 LAU/94 al Artículo 1566 CC.
- DURACIÓN DEL NUEVO CONTRATO:
 - > VARIABLE, en función del modo en que se hubiera fijado el pago de la renta, por remisión al Artículo 1581 CC:
 - Renta por años: Duración del contrato de un año
 - Renta por meses: Duración del contrato de un mes
 - Renta por semanas: Duración del contrato de una semana
 - Renta por días: Duración del contrato de un día
 - > Pueden sucederse en el tiempo tantos nuevos contratos como periodos de quince días continúe el arrendatario en el disfrute de la vivienda sin la oposición del arrendador.
- FINALIZACIÓN DEL PERIODO DE TÁCITA RECONDUCCIÓN:
 - > Mediante la manifestación de voluntad de no continuación del contrato antes de los quince días desde el vencimiento del último contrato.

II. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA

- Tendrá la duración que libremente pacten las partes
- No existe plazo mínimo obligatorio
- El contrato se prorrogará si llegado su vencimiento ninguna de las partes denuncia en los plazos previstos en contrato, su terminación.
- Los plazos pactados son obligatorios para las partes, así como el de cada una de las prórrogas
 - > La denuncia del contrato solo será aplicable a la finalización del plazo pactado o de cualquiera de sus prórrogas
 - > El abandono fuera de dichos plazos se considerará desistimiento unilateral, considerándose como un incumplimiento contractual.

III. CONTRATOS ANTERIORES LAU/94

1. Arrendamientos sometidos a la LAU/64

La combinación entre el sistema de prórrogas obligatorias para el arrendador y las amplias posibilidades de subrogación en los contratos de arrendamiento (si el arrendatario tenía

cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, que por aplicación de los Artículos 57, 58 y 59 LAU/64 que a su fallecimiento podían ocupar su lugar), permitidas por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 trajo como consecuencia la duración, en principio indefinida de los contratos de arrendamiento de vivienda, obligatoria para el arrendador.

Para los contratos de arrendamiento de vivienda o de local de negocio suscritos bajo la LAU/64, que, por aplicación del sistema de prórrogas aún se encuentren vigentes tras la entrada en vigor de la LAU/94 se establece un especial régimen transitorio, del que, en relación con el tema de la DURACIÓN destacamos lo siguiente:

1.1. Contratos de arrendamiento de vivienda

Según regula la DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA LAU/94, estos contratos que subsistan en la actualidad, continúan rigiéndose por las Normas previstas en la LAU de 1964, aplicándoseles determinados avances sociales que se contienen en la LAU de 1994, resumidos en:

- El Artículo 12 de la LAU/94, —derechos del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario en supuestos de vencimiento del contrato y desistimiento—
- Artículo 15 de la LAU/94 —derechos del cónyuge no arrendatario al que se le atribuye la vivienda en los supuestos de nulidad, separación y divorcio—
- Artículo 24 de la LAU/94 —derecho del arrendatario con minusvalías a realizar obras en la vivienda arrendada—, sin que le sea aplicable el Artículo 24.1 de la LAU de 1964.

A.

En cuanto a la DURACIÓN:

Si bien resulta de aplicación el régimen de prórroga forzosa voluntaria para el arrendatario y obligatoria para el arrendador, regulado en el Artículo 57 LAU/64, se aplican algunas modificaciones, que afectan tanto a la extinción como al número de subrogaciones permitidas:

- Limitación del régimen de subrogaciones permitidas:
 - > La subrogación solo podrá tener lugar:
 - En primer lugar a favor del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario no separado legalmente o de hecho.
 - Una vez fallecido el subrogado el contrato se extinguirá.
 - En su defecto, la subrogación tendrá lugar a favor de los hijos que conviviesen con el arrendatario durante los dos años anteriores a su fallecimiento.
- En éste supuesto el contrato se extinguirá:
 - > a los dos años siguientes de la subrogación
 - > o cuando el hijo alcanzara los 25 años si esto fuera posterior.
 - Excepción a éste sistema lo supone el caso de que el hijo subrogado tuviera una anomalía igual o superior al 65%, en cuyo caso el arrendamiento se extinguiría al fallecimiento del hijo subrogado.
 - En defecto de éstos, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y convivieran con él con 3 años como mínimo de antelación a la fecha de su fallecimiento.
 - No podrán subrogarse si ya se hubiese producido una subrogación anterior a la entrada en vigor de la actual LAU/94.

B.

En cuanto a la EXTINCIÓN DEL CONTRATO:

- Se extinguirán por la no renovación de prórroga por el arrendatario o por el arrendador (causa de necesidad)
- Por Resolución contractual derivada de incumplimiento del arrendatario (impago renta...)
- Se extinguirían al fallecimiento del arrendatario, salvo ejercicio del derecho de Subrogación conforme se ha expuesto anteriormente.
- Oposición del inquilino, sin causa a la actualización de la renta notificada fehacientemente por el arrendador.
 - El contrato quedará extinguido en el plazo de ocho años desde el requerimiento fehaciente, aún cuando se produzca una subrogación.
- Causa de Necesidad del arrendador: Es el principal motivo de exclusión de la prórroga obligatoria en los arrendamientos de vivienda.
 - REQUISITOS:
 - Sujetos: arrendador, ascendientes o descendientes del mismo
 - Necesidad de la vivienda arrendada:
- Habitando fuera del término municipal donde radica la finca arrendada el arrendador o quien tenga derecho regresa y precisa la finca para vivir.
- Residencia en la misma población donde radica la finca, pero aumento de necesidades familiares e insuficiencia de la vivienda que ocupa
- Residencia en la misma población y desalojo por causas ajenas a su voluntad de la vivienda que ocupa.
- ...
 - Ante varias fincas arrendadas en la misma localidad:
- Prelación:
 - 1º.- vivienda habitualmente deshabitada, siempre que se ajuste a las necesidades del arrendador o quien tenga derecho.
 - 2º.- Vivienda que no sirva de hogar familiar del arrendatario
 - 3.- Vivienda ocupada por familia menos numerosa
 - 4.- Vivienda ocupada por funcionarios públicos en activo o jubilados, pensionistas o quienes, además de vivir en ellas ejerzan una profesión en ella.
- Ante varias fincas en idénticas condiciones:
 - Se salva el derecho del inquilino más antiguo
 - PROCEDIMIENTO:
 - Requerimiento previo del arrendador, por medio fehaciente que permita dejar constancia del contenido y recepción, con un año de antelación a la fecha en la que se dará por terminado el contrato.
- El requerimiento debe indicar:
 - Datos de la persona que precisa la vivienda
 - Causa de necesidad
 - Elección de esa vivienda y no otra (cuando existan varias viviendas arrendadas)
 - Contestación del inquilino de modo fehaciente en el plazo de 30 días:
- Si no contesta o contesta sin alegar motivos de oposición:
 - El arrendador puede instar el desahucio en 6 meses, no esperando al año

- La indemnización que pudiera corresponderle se reduce a la mitad
- Si contesta:
 - Está de acuerdo: puede abandonar la vivienda en cualquier momento antes del año
 - Indemnización a su favor mayor o menor dependiendo del momento del desalojo:
 - Abandono antes de 6 meses: 2 anualidades de la renta
 - Abandono tras 6 meses y antes del año: 1 anualidad de la renta
 - Si no está de acuerdo: debe hacer constar su negativa y motivos
 - Si no abandona en el plazo de un año
 - No hay indemnización
 - Desahucio, instando el lanzamiento inmediato
 - NO OCUPACIÓN POSTERIOR
 - Si en el plazo de tres meses el arrendador, sus ascendientes o descendientes que alegaron causa de necesidad no ocupan sin causa justificada la vivienda el arrendatario puede solicitar la rehabilitación del contrato en las mismas condiciones anteriores y la indemnización por los gastos de traslado y nueva renta abonada hasta el completo realojo.

1.2. Contratos de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985

Quedan regulados en la DISPOSICION TRANSITORIA TERCERA DE LA LAU/94, que establece que continuarán rigiéndose por las normas de la LAU de 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, si bien se establece un complejo sistema para regular la extinción de tales contratos y los supuestos de subrogación y actualización de rentas modificándose, incluso determinados derechos de los contratantes pactados en contrato.

A. En cuanto a su DURACIÓN: Es preciso distinguir, a su vez:

A.1. Contratos VIGENTES a la entrada en vigor de la LAU/94, al no haber transcurrido el plazo establecido en los mismos:

Si bien es un supuesto no habitual, es importante tener en cuenta que el legislador faculta al arrendatario a exigir al arrendador la ampliación de su duración hasta el plazo que resulte de aplicar las reglas que seguidamente se exponen según el arrendatario sea persona física o jurídica o el tipo de actividad que se desarrolle en el local.

A su vencimiento les será de aplicación la tácita reconducción establecida en el Artículo 1566 del Código Civil, rigiéndose el arrendamiento renovado por las normas de la LAU/94 relativas al Arrendamiento para Uso distinto de Vivienda.

A.2. Contratos en situación de PRÓRROGA LEGAL a la entrada en vigor de la LAU/94, al haber transcurrido el plazo de vencimiento previsto inicialmente: Es preciso distinguir:

A.2.1. Arrendatario persona física: se extinguirán:

- Resolución por incumplimiento de obligaciones
- NO renovación de la prórroga
- Oposición injustificada a la actualización de la renta debidamente comunicada:
 - El arrendamiento debió quedar extinguido en la quinta anualidad tras la entrada en vigor de la LAU/94 (año 2000)
- A la jubilación o fallecimiento del arrendatario,

- Salvo subrogación:
 - De su cónyuge o pareja estable, siempre que continúe con la misma actividad, no pudiendo tener lugar si ya se hubieran realizado dos subrogaciones.
 - En su defecto, o si éste ya se hubiera subrogado, y fallece o se jubila dentro de los 20 años siguientes a la aprobación de la LAU/94 (20-11-2014), puede subrogarse un descendiente que continúe la misma actividad, salvo que anteriormente ya se hubiera producido una subrogación conforme a la LAU/64.
- La duración de éste contrato subrogado es la del número de años que resten hasta completar los 20 desde la aprobación de la LAU (es decir, el 20-11-2014).
- En caso de TRASPASO, se limita temporalmente el plazo de duración de éstos contratos:
 - El nuevo arrendatario podrá continuar por un mínimo de 10 años a contar de su realización o por el número de años que quedaran desde el momento en que se realice el traspaso hasta computar 20 años a contar desde la aprobación de la LAU/94,
 - Si en los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la LAU/94 se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos antes referidos se incrementarían en cinco años.

A.2.2. Arrendatario persona jurídica: según el tipo de actividad a desarrollar en el local se puede distinguir:

- Locales en los que se desarrollan actividades comerciales: Se extinguen a los 20 años de la entrada en vigor de la LAU/94, es decir, el 1 de enero de 2015.
 - Excepción: locales con superficie superior a 2.500 metros cuadrados, cuya duración quedó limitada a los cinco años siguientes a la entrada en vigor de la LAU/95, por lo que debieron quedar extinguidos el 1 de enero de 2000.
- Locales en los que se desarrollen actividades distintas a las comerciales: Se establece un plazo de duración para estos de mayor a menor dependiendo de la tarifa del Impuesto de Actividades Económicas fijado para el 1994, partiendo de los 20 años desde la aprobación de la LAU/94 descendiendo de 5 en 5 años hasta alcanzar los 5 años de duración mínima. La prueba corresponde al arrendatario y a falta de prueba la duración será la mínima.
 - Si dentro de los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la LAU se hubiera producido un traspaso del local, los plazos de extinciones incrementarán en 5 años.

B. Denegación prórroga por causa de necesidad en arrendamientos anteriores a 9-5-85
 Resulta de Aplicación a éstos supuestos el Artículo 65 de la LAU/64, por remisión del Artículo 70.2 de dicha norma, según establece la Disposición Transitoria TERCERA de la LAU/94.

Se exigen menos requisitos que en el caso de arrendamiento de viviendas:

- ❑ En cuanto a la causa de necesidad no se describen supuestos concretos
 - Debe analizarse caso por caso
 - Exige justificación suficiente
 - Los Tribunales interpretan restrictivamente los supuestos de causa de necesidad.
- ❑ El procedimiento es el mismo:

- NO se establece la obligatoriedad de indicar en el requerimiento los datos de la persona que va a ocupar el local, siendo suficiente, como establece el Artículo 70.3 LAU/64, que la persona se halle establecida en actividad de comercio o industria al menos un año antes a la fecha en que se practica el requerimiento.
- ❑ El Artículo 73 de la LAU/64 recoge la obligatoriedad de indemnización en éstos supuestos, pero no establece cuantía, debiendo acordarla las partes.
 - Salvo arrendamientos comprendidos en el Artículo 5.2 LAU/64, para los que se establece una indemnización de dos anualidades de la renta
 - A falta de acuerdo: Tribunales, al desaparecer las denominadas “Juntas de Estimación”.

2. Arrendamientos sometidos al decreto Boyer (9-5-85)

El Artículo 9 de dicha norma, suprimió la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos, estableciendo que los contratos que se celebraran a partir de la entrada en vigor del Real Decreto tendrían la duración que libremente estipularan las partes contratantes, sin que les fuera aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y sin perjuicio de la tácita reconducción del Artículo 1566 del Código Civil.

Existen dos líneas jurisprudenciales:

- ❑ La mayoría que considera que aún cuando las partes no pactaran en contrato cláusula alguna sobre la prórroga forzosa, esta no resultaba aplicable, teniendo el contrato la duración que libremente pactaran las partes, sin perjuicio de la tácita reconducción del Artículo 1566 del Código Civil.
 - Vencido el contrato por el transcurso de la duración inicialmente pactada por las partes, la única posibilidad para el arrendatario de continuar en el uso de la vivienda era mediante la aplicación de la tácita reconducción, no prórroga de la LAU/64, naciendo un nuevo contrato con duración dependiendo del plazo de fijación de la renta, por aplicación del Artículo 1581 CC (anual, semanal, mensual...) en el supuesto que el arrendatario permaneciera durante los quince días siguientes a la terminación del arrendamiento en la vivienda arrendada con la aquiescencia del arrendador.
 - Estos contratos producidos por la tácita reconducción podían sucederse uno tras otro en el tiempo hasta que:
 - El arrendatario abandonara en plazo la vivienda,
 - El arrendador manifestara al arrendatario antes del transcurso de los quince días posteriores a la terminación del contrato su voluntad de darlo por extinguido.
 - ❑ La otra línea jurisprudencial entendía que el Decreto Boyer no había suprimido la prórroga forzosa para los contratos celebrados tras la entrada en vigor del mismo, sino que simplemente había eliminado la obligatoriedad de la misma, por lo que en caso de que las partes expresamente no pactaran en contrato la no aplicación de la prórroga se entendía que se aplicaba la LAU de 1964, imponiéndose la normativa sobre prórroga forzosa contemplada en los Artículos 57 y ss. LAU 1964.

La DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA LAU/94 regula en tema, refiriéndose tanto a viviendas como a locales comerciales, debiendo distinguirse:

1. CONTRATO VIGENTES EN LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LAU/94.

La DURACIÓN, por aplicación de lo dispuesto en el Artículo 9 del Real Decreto Ley 2/1985, será la LIBREMENTE PACTADA POR LAS PARTES:

- Sin aplicación de la prórroga forzosa.
- Con aplicación de la tácita reconducción salvo denuncia del contrato

2. CONTRATOS PRORROGADOS EN LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LAU/94

Se trata de contratos celebrados dentro del plazo indicado, concertados con plazo libremente fijado por las partes, que, habiendo vencido por transcurso del tiempo no han sido denunciados por las partes.

En cuanto a su DURACIÓN:

1. En el caso de viviendas:

Rige la tácita reconducción del Artículo 1566 del Código Civil, por plazo inicial de 3 años, resultando de aplicación las normas de la LAU/94 para viviendas.

Tras dicho plazo inicial, ya falta de denuncia del contrato, se aplica la tácita reconducción por el plazo previsto en el Artículo 1.581 del Código Civil —anual en supuestos de renta anual, meses, si la renta es mensual y días si ésta se pactó anual—

2. En el caso de locales de negocio: Al vencer el contrato por expiración del término pactado se inicia la tácita reconducción estricta prevista en el Artículo 1.566 del Código Civil, que remite al Artículo 1577 del Código Civil y al Artículo 1581 del Código Civil —anual en supuestos de renta anual, meses, si la renta es mensual y días si ésta se pactó anual—.

En éstos supuestos el contrato renovado se rige por las normas que la LAU/94 establece para los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, siéndole por tanto aplicable el régimen normativo recogido en el Artículo 4.3º de la LAU/94 y en su consecuencia primando la voluntad de las partes expresada en el contrato, y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil.

EN ESPECIAL LA PRÓRROGA DEL ARTÍCULO 10 LAU/94 APLICADA A CONTRATOS SUSCRITOS A PARTIR DE MAYO 85, PRORROGADOS POR TÁCITA RECONDUCCIÓN:

Para evitar trato desfavorable con el resto de arrendamientos y su régimen de prórrogas, se recogió, en la Disposición Transitoria Primera de la LAU, la regulación de los contratos de arrendamiento celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, ampliando el periodo de la tácita reconducción del Artículo 1566 CC a tres años.

La interpretación jurisprudencial ha sido dispar, pudiéndose indicar, al menos, tres grandes líneas jurisprudenciales.

- La línea mayoritaria entiende que los contratos celebrados a partir del día 9 de mayo de 1985 que subsistan a la entrada en vigor de la LAU/94, tras su finalización (ya por concluir su plazo contractual o bien por finalizar la situación de tácita reconducción), tendrán una tácita reconducción de tres años.
- Tras dicho periodo de tres años se les aplicará el artículo 10 de la LAU, por lo que, en caso de que el arrendador (o arrendatario) no manifestara su voluntad de no prorrogar el contrato al menos con un mes de antelación al finalizar la tácita reconducción, el contrato de arrendamiento se prorrogará por plazos anuales hasta alcanzar el máximo de tres años previstos en este artículo 10 LAU.

- Tras los tres años del artículo 10 LAU se aplicará el régimen general de la tácita reconducción del Código Civil, previsto en los artículos 1566 y 1581.

- La segunda línea jurisprudencial entiende que tras el período de tácita reconducción de tres años fijados por la Disposición Transitoria Primera de la LAU, ya no se les aplicará el Artículo 10 LAU (con la posibilidad de prorrogar el contrato hasta tres años), sino que los contratos quedarán sometidos a las disposiciones generales del Código Civil en materia de tácita reconducción, Artículos 1566 y 1581 CC, naciendo nuevos contratos de duración variable según el pacto de pago de la renta alcanzado en contrato.
- La tercera línea jurisprudencial entiende que tras el período de tres años de tácita reconducción previsto en la Disposición Transitoria Primera de la LAU, se aplicará el Artículo 9 de la propia Ley en el sentido de que el contrato tenga, al menos, una duración total de cinco años. Tras estos cinco años mínimos de duración se aplicará el Artículo 10 LAU, generándose, en su caso, nuevas prórrogas con un plazo de duración de hasta tres años.

Formularios relacionados

NOTIFICACIONES: FINALIZACIÓN POR DESISTIMIENTO ARRENDATARIO:

- (Tol 1066824):* NOTIFICACIÓN DEL ARRENDATARIO DESISTIENDO DEL CONTRATO DE VIVIENDA CON PLAZO SUPERIOR A CINCO AÑOS
- (Tol 1066825):* CONTESTACIÓN DEL ARRENDADOR AL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO
- (Tol 1066826):* NOTIFICACIÓN DEL ARRENDATARIO DESISTIENDO DEL CONTRATO DE VIVIENDA CON PLAZO INICIAL NO SUPERIOR A CINCO AÑOS
- (Tol 1066827):* CONTESTACIÓN DEL ARRENDADOR OPONIÉNDOSE AL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO DE VIVIENDA POR PLAZO INICIAL NO SUPERIOR A CINCO AÑOS
- (Tol 1066828):* REQUERIMIENTO DEL ARRENDADOR AL CÓNYUGE DEL ARRENDATARIO PARA QUE SE MANIFIESTE RESPECTO AL DESISTIMIENTO DE ÉSTE
- (Tol 16054):* ARRENDAMIENTOS URBANOS DE VIVIENDA: DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO: NOTIFICACIÓN A SU CÓNYUGE O PAREJA
- (Tol 1066829):* NOTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE COMUNICANDO AL ARRENDADOR SU VOLUNTAD DE CONTINUAR EN EL ARRENDAMIENTO
- (Tol 1066830):* NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE DE SU VOLUNTAD DE CONTINUAR EN EL ARRENDAMIENTO TRAS ABANDONARLO EL ARRENDATARIO
- (Tol 1066831):* NOTIFICACIÓN DEL ARRENDADOR AL CÓNYUGE DEL ARRENDATARIO DANDO POR RESUELTO EL CONTRATO Y EXIGIENDO EL PAGO DE LA RENTA.

NOTIFICACIÓN: FINALIZACIÓN POR TRANSCURSO DEL PLAZO

- (Tol 1066835):* NOTIFICACIÓN ARRENDADOR NOTIFICANDO SU VOLUNTAD DE EXTINGUIR EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR TRANSCURSO DEL PLAZO PACTADO SUPERIOR A CINCO AÑOS

- (Tol 1066822): OPOSICIÓN DEL ARRENDATARIO A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR EXPIRACIÓN DEL PLAZO
- (Tol 1066833): NOTIFICACIÓN DEL NUEVO ARRENDADOR DANDO POR EXTINGUIDO EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR PLAZO SUPERIOR A CINCO AÑOS TRAS EJERCITAR EL DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA
- (Tol 1066834): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDATARIO Oponiéndose a la extinción del contrato de arrendamiento comunicada por el nuevo arrendador tras ejercitar el derecho de opción de compra en arrendamiento de vivienda por plazo superior a cinco años.
- (Tol 16052): ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. NOTIFICACIÓN DEL ARRENDADOR DE LA FINALIZACIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO DE VIGENCIA
- (Tol 1066890): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDATARIO NOTIFICANDO SU VOLUNTAD DE NO RENOVAR EL CONTRATO
- (Tol 1066891): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDADOR Oponiéndose a la renovación del contrato

PROCEDIMIENTO JUDICIAL: TRANCURSO DEL TIEMPO

- (Tol 1472624): DEMANDA DESAHUCIO VIVIENDA O LOCAL POR EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO.

NOTIFICACIONES: RESOLUCIÓN CONTRATO:

- (Tol 1066867): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDADOR DANDO POR RESUELTO EL CONTRATO POR REALIZACIÓN DE OBRAS INCONSENTIDAS POR EL ARRENDADOR: ARTÍCULO 27.2.D LAU/94
- (Tol 1066.868): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDADOR DANDO POR RESUELTO EL CONTRATO POR LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES MOLESTAS, NOCIVAS, INSALUBRES, ILÍCITAS O PELIGROSAS: ARTÍCULO 27.2.E LAU/94
- (Tol 1066866): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDADOR DANDO POR RESUELTO EL CONTRATO POR SUBARRIENDO O CESIÓN INCONSENTIDA
- (Tol 1066869): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDADOR DANDO POR RESUELTO EL CONTRATO POR NO USO DE LA VIVIENDA: ARTÍCULO 27.2.F LAU/94
- (Tol 1066870): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDATARIO DANDO POR RESUELTO EL CONTRATO POR NO REALIZACIÓN DE OBRAS A CARGO DEL ARRENDADOR

PROCEDIMIENTO JUDICIAL: RESOLUCIÓN CONTRATO

- (Tol 1470505): DEMANDA JUICIO ORDINARIO RESOLUCIÓN CONTRATO POR PÉRDIDA FINCA POR CAUSA NO IMPUTABLE AL ARRENDADOR
- (Tol 1470517): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO POR NO REALIZACIÓN DEL ARRENDADOR DE OBRAS NECESARIAS EN LA FINCA. LAU/94

- (Tol 1470502): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACION DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR OBRAS INCONSENTIDAS
- (Tol 1470511): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRATO POR PERTURBACIONES DE HECHO O DERECHO CAUSADAS POR EL ARRENDADOR EN LA FINCA ARRENDADA
- (Tol 1470496): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR NO USO DE LA VIVIENDA
- (Tol 1470498): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES MOLESTAS, NOCIVAS, INSALUBRES O ILÍCITAS EN VIVIENDA O LOCAL ARRENDADOS. LAU-94
- (Tol 1470507): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR DECLARACIÓN FIRME DE RUINA
- (Tol 1470519): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR NO NOTIFICACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN AL CONYUGE DEL ARRENDATARIO EN PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO. LAU-64 Y LAU-94
- (Tol 1470513): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRATO POR SUBARRIENDO O CESIÓN INCONSENTIDA
- (Tol 1470516): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRATO POR SUBARRIENDO O CESIÓN SIN NOTIFICACIÓN
- (Tol 1470518): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRATO POR NO NOTIFICACIÓN DE SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA. LAU-64 Y LAU-94
- (Tol 1470503): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN POR EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO
- (Tol 1470495): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR NO USO DE LA VIVIENDA A RESIDENCIA PERMANENTE Y HABITUAL
- (Tol 1470500): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRATO POR DAÑOS CAUSADOS DOLOSAMENTE.
- (Tol 1470497): DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: ARTÍCULOS 114 Y 115 LAU/64 Y 27.1 LAU/94

NOTIFICACIONES EN CUANTO A PRÓRROGAS

- (Tol 1066813): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDATARIO PRORROGANDO EL CONTRATO
- (Tol 1066815): NOTIFICACIÓN DEL ARRENDATARIO RENUNCIANDO A LA PRÓRROGA
- (Tol 1066823): NOTIFICACIÓN ARRENDATARIO RENUNCIANDO A LA PRÓRROGA DEL CONTRATO
- (Tol 1066817): NOTIFICACIÓN ARRENDADOR DENEGANDO PRÓRROGA ARRENDAMIENTO POR CAUSA DE NECESIDAD PARA SÍ

(Tol 1066814): NOTIFICACIÓN ARRENDADOR DENEGANDO PRÓRROGA ARRENDAMIENTO VIVIENDA POR EXTINCIÓN DE USUFRUCTO Y NECESIDAD PARA SÍ MISMO

Notas a pie de página

JURISPRUDENCIA SOBRE DURACIÓN CONTRATO ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LAU/94

- (Tol 132080): STS 2-10-98: ARRENDAMIENTOS URBANOS: novación: la renuncia a la prórroga convencionalmente establecida ha de constar de forma clara y terminante.
- (Tol 6594): STS 20-2-98: ARRENDAMIENTOS URBANOS: aplicación analógica de sus normas: Escritura de renuncia de usufructo viudal y asignación de Fiducia testamentaria: denegación de prórroga
- (Tol 1123874): STS 11-7-07: PRÓRROGA: DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE
- (Tol 634809): SAP ASTURIAS 25-4-05: ARRENDAMIENTO VIVIENDA: RESOLUCIÓN: propietario de otro inmueble que prorroga el contrato de la vivienda arrendada por ser de renta antigua: denegación de prórroga
- (Tol 356050): SAP ASTURIAS 3-3-04: ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN POR TRANSCURSO DEL TIEMPO: requisitos de acceso del arrendatario al recurso
- (Tol 991148): SAP BARCELONA 3-3-06: ARRENDAMIENTOS URBANOS: PLAZO MÍNIMO
- (Tol 991093): SAP BARCELONA 21-2-06: ARRENDAMIENTOS URBANOS PLAZO MÍNIMO Y PRÓRROGAS. CAUSA DE NECESIDAD ARRENDADOR
- (Tol 991168): SAP BARCELONA 15-12-05: ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRUEBA DE LA CAUSA DE NECESIDAD DEL ARRENDADOR
- (Tol 1022191): SAP CASTELLON 13-10-06: TÁCITA RECONDUCCIÓN
- (Tol 58599): SAP CASTELLON 11-7-05: DURACIÓN: DESISTIMIENTO UNILATERAL
- (Tol 319020): SAP CÓRDOBA 30-7-03 DESAHUCIO ARRENDAMIENTO POR TRANSCURSO DEL TIEMPO
- (Tol 1030085): SAP GIRONA 14-6-06: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ARRENDAMIENTOS USO DISTINTO: PREAVISO
- (Tol 75711): SAP JAEN 29-1-99: DESISTIMIENTO POR ARRENDATARIO: INDEMNIZACIÓN DAÑOS Y PERJUICIOS ARRENDADOR.
- (Tol 318984): SAP LA CORUÑA 25-4-03: DENEGACIÓN PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: NECESIDAD DE PONDERACIÓN POR LOS TRIBUNALES
- (Tol 199581): SAP LA CORUÑA 14-6-94: CESIÓN CONTRATO CONSTANDO DENEGACIÓN DE PRÓRROGA
- (Tol 221529): SAP ILLES BALEARS 3-6-02 RENUNCIA A LA PRÓRROGA FORZOSA
- (Tol 199582): SAP LUGO 31-10-00 NOVACIÓN: CONTRATO VERBAL SOMETIDO A PRÓRROGA FORZOSA SUSTITUIDO POR CONTRATO ESCRITO POR PLAZO DETERMINADO

- (Tol 204721): SAP LUGO 18-5-00: DERRIBO FINCA: PRÓRROGA FORZOZA, NOTIFICACIÓN Y REQUISITOS
- (Tol 1350053): SAP MALAGA 12-3-08: ARRENDAMIENTOS USO DISTINTO: FACULTAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARRENDATARIO: REQUISITOS
- (Tol 1350135): SAP MALAGA 26-12-07: DURACIÓN CONTRATO: LIBREMENTE PATA DA POR PARTES: PLAZO MÍNIMO CINCO AÑOS VOLUNTARIO PARA ARRENDATARIO
- (Tol 204720): SAP ORENSE 25-3-97 DENEGACIÓN DE PRÓRROGA. AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE DERRIBO
- (Tol 198556): SAP ORENSE 8-4-00: DESISTIMIENTO UNILATERAL ARRENDATARIO: OBLIGACIÓN DE PAGO DE LAS RENTAS PENDIENTES
- (Tol 198432): SAP ORENSE 18-3-99: DESISTIMIENTO UNILATERAL ARRENDATARIO: CONSECUENCIAS ECONÓMICAS
- (Tol 199583): SAP ORENSE 29-2-96: SUBROGACIONES SUCESIVAS SIN NOTIFICACIÓN A ARRENDADOR
- (Tol 213730): SAP SEVILLA 16-7-01 ARRENDAMIENTOS DE USO DISTINTO: TEMPORALIDAD DEL CONTRATO
- (Tol 1033779): SAP VALENCIA 22- 9- 06: CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA, OBLIGACIONES DE LAS PARTES. RECONOCIMIENTO DE LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL ARRENDATARIO, REQUISITOS PARA SU EJERCICIO
- (Tol 991147): SAP BARCELONA 8-3-06: ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: ABANDONO DE LA VIVIENDA ARRENDADA POR EL ARRENDATARIO SIN MANIFESTACIÓN AL ARRENDADOR: CONTINUACION DEL ARRENDAMIENTO A FAVOR DE LA PAREJA DE HECHO: REQUISITOS

JURISPRUDENCIA SOBRE DURACIÓN CONTRATO ARRENDAMIENTOS ANTERIORES A LA LAU/94

- (Tol 1401726): STS 7-11-08: ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIOS: URBANOS: RESOLUCIÓN POR EXPIRACIÓN DEL PLAZO PACTADO DE FORMA VOLUNTARIA: Contrato sujeto a Decreto Boyer.
- (Tol 1123874): STS 11-7-07: PRÓRROGA: DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE
- (Tol 781278): STS 30-11-05: DESISTIMIENTO UNILATERAL ARRENDAMIENTO LOCAL NEGOCIO: INDEMNIZACIÓN: FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES
- (Tol 75702): SAP ALMERÍA 4-3-99: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: ARRENDATARIO PROPIETARIO DE VIVIENDA DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS A LA ARRENDADA
- (Tol 199605): SAP LA CORUÑA 3-12-96: DENEGACIÓN PRORROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: DESEO DE VIDA INDEPENDIENTE, DIFERENCIA DE LA SIMPLE COMODIDAD

- (Tol 199607): SAP ORENSE 16-9-97: CONTRATO RENTA ANTIGUA LIMITADO A 8 AÑOS TRAS LAU/94 POR OPOSICIÓN ARRENDATARIO A ACTUALIZACIÓN RENTA
- (Tol 213647): SAP SEVILLA 9-11-01: CONTRATOS RENTA ANTIGUA. EXPIRACIÓN TRAS NEGATIVA ARRENDATARIO A ACTUALIZACIÓN DE RENTA
- (Tol 208125): SAP TOLEDO 11-2-02: RÉGIMEN TRANSITORIO: APLICACIÓN DE LA DT PRIMERA LAU/94: TÁCITA RECONDUCCIÓN
- (Tol 212095): SAP MADRID 20-4-02: ALCANCE TEMPORAL DE LA TÁCITA RECONDUCCIÓN

novedades jurisprudenciales



documentos seleccionados

1. Protección del honor. Intromisión ilegítima consistente en imputar, en un programa televisivo en directo, mediante un rótulo, a una persona inocente haber incendiado la casa de su mujer. Responsabilidad de TVE. Responsabilidad por hecho ajeno: Carácter de responsabilidad directa; modalidades de "culpa in eligendo" y "culpa in vigilando" (*ToI 1862731*)
2. Sociedad de la información. Servicios de almacenamiento de datos. Régimen de responsabilidad del servidor por los contenidos ilícitos (*ToI 1862167*)
3. Desestimación de nacionalidad. Falta de integración en la sociedad española. Poligamia (*ToI 1854540*)

1. Protección del honor. Intromisión ilegítima consistente en imputar, en un programa televisivo en directo, mediante un rótulo, a una persona inocente haber incendiado la casa de su mujer. Responsabilidad de TVE. Responsabilidad por hecho ajeno: Carácter de responsabilidad directa; modalidades de "culpa in eligendo" y "culpa in vigilando".

■ **Sentencia nº 315/2010: Jurisdicción: Civil - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia- Sala: Primera - Ponente: Jesús Corbal Fernández (Tal 1862731)**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil diez. Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y extraordinario de infracción procesal, interpuestos respecto a la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimonovena, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Rubí; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., representada por el Procurador D. Luis Pozas Osset; y como parte recurrida, D. P.O.P., representado por la Procurador D^º. Virginia Gutiérrez Sanz. Autos en los que también ha sido parte el EXCMO. MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D^º. Montserrat Martínez Cerezo, en nombre y representación de D. P.O.P., interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Rubí, siendo parte demandada la entidad TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A.; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se declare lo siguiente: 1º. Se reconozca la intromisión realizada en su derecho al honor a mi mandante por parte de la demandada al imputarle unos hechos falsos. 2º. Se obligue a la demandada a emitir en dicho programa la rectificación correspondiente, pidiendo disculpas a dicho Sr. P.O.P. por la divulgación de una información no contrastada y que resulta ser falsa. 3º. Se condene a la demandada a abonar a mi representado 36.000 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios

ocasionados al mismo. 4º. Se impongan las costas del presente procedimiento a la demandada, al haber obligado a mi representado al mismo."

2.- El Procurador D. Jaume Galí Castin, en nombre y representación de la entidad Televisión Española, S.A., contestó a la demandada alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "en la que se proceda a desestimar íntegramente la demanda y por ende todos los pedimentos interesados en la misma por la adversa contra la parte demandada, declarando la libre absolución de los mismos respecto a TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., imponiendo a la parte actora las costas de esta primera instancia."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia N^º Cuatro de Rubí, dictó Sentencia con fecha 26 de junio de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo ESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el/la Procurador/a Sr/a. Martínez Cerezo en nombre y representación de P.O.P. contra TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. y en consecuencia condenar a la demandada a abonar al actor la cantidad de TREINTA Y SEIS MILEUROS (36.000) más los intereses señalados en el fundamento jurídico cuarto, así como rectifique la información difundida pidiendo disculpas al actor por divulgar una información no contrastada y que resulta ser falsa, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de la entidad TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimonovena,

dictó Sentencia con fecha 28 de febrero de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación formulado por TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^º Instancia Número 4 de Rubí de 26 de junio de 2006, que confirmamos, con imposición de costas de esta alzada a la parte apelante."

TERCERO.- El Procurador D. Francisco Javier Manjarín Albert, en nombre y representación de la entidad TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimonovena, respecto a la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 28 de febrero de 2007, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: PRIMERO.- Se alega infracción del art. 20.1.d) de la Constitución por inaplicación, e infracción por aplicación indebida del art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, art. 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo de Prensa e Imprenta. SEGUNDO.- Se alega infracción del art. 1.903 del Código Civil. MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.- Submotivo Primero.- Se alega infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º LEC). Submotivo Segundo.- Al amparo del art. 24.1 y 2 de la Constitución, se alega infracción del art. 469.1.4º LEC.

CUARTO.- Por Providencia de fecha 7 de mayo de 2007, se tuvo por interpuesto el anterior recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, la entidad TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., representada por el Procurador D. Luis Pozas Osset; y como parte recurrida, D. P.O.P., representado por la Procurador D^º. Virginia Gutiérrez Sanz.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 29 de febrero de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: "ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de "Televisión Española, S.A.", contra la

Sentencia dictada, en fecha 28 de febrero de 2007, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimonovena)."

SÉPTIMO.- Dado traslado, el Procurador D^º. Virginia Gutiérrez Sanz, en nombre y representación de D. P.O.P., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de mayo de 2010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre protección del derecho al honor por intromisión ilegítima realizada en un programa televisivo.

En fecha 11 de abril de 2003, la Sra. M.T.S., en aquel entonces pareja del actor -el Sr. P.O.P., empresario de la pequeña localidad barcelonesa de Capellades- intervino en el programa "Esta es mi historia", difundido por la cadena de televisión, Televisión Española S.A. La intervención tuvo lugar aproximadamente a las 1:30 horas, existiendo en aquel momento una audiencia de unos 160.000 espectadores. El programa estaba dedicado a la violencia. En la intervención de la Sra. M.T.S. en ningún momento se aludió al actor. Relató unos hechos relativos al incendio de su vivienda con motivo del cual le habían reclamado la cantidad de cuatro millones de pesetas. Sin embargo, en un rótulo que apareció durante la intervención de la Sra. M.T.S. se sobre-impresionaba la siguiente expresión "por la violencia del marido le obligan a pagar 4.000.000 de pesetas". Relacionado el contenido del rótulo con las manifestaciones de la Sra. M.T.S. se deduce que se imputaba al Sr. P.O.P. la autoría del incendio sufrido por la Sra. M.T.S.. Esta manifestó en el juicio que se sorprendió del rótulo y que en ningún momento fue al programa a hablar de su marido.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1^º Instancia número 4 de Rubí, en los autos de juicio ordinario número 425 de 2004, con base en los hechos expuestos, estimó la demanda formulada por D. P.O.P., y condenó

a la entidad demandada Televisión Española S.A. a abonar al actor la cantidad de treinta y seis mil euros (36.000 euros) con los intereses señalados en el fundamento jurídico cuarto, así como a que rectifique la información difundida pidiendo disculpas al actor por divulgar una información no contrastada y que resulta ser falsa. La Sentencia dictada por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 28 de febrero de 2007, en el Rollo núm. 599 de 2006, desestima el recurso de apelación de Televisión Española S.A. y confirma la resolución del Juzgado de 1ª Instancia.

Por TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. se formularon recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que fueron admitidos por Auto de esta Sala de fecha 29 de febrero de 2008. La petición formulada en el Otrosí del recurso por la que se interesaba se admita, al amparo del art. 471, párrafo segundo, LEC, y practique en el acto de la vista, la prueba testifical que fue inadmitida en segunda instancia, se rechaza porque, con independencia de devenir firme la providencia de fecha 7 de abril de 2010 que señaló el 5 de mayo pasado para deliberación y fallo, lo que supone excluir implícitamente la vista, en cualquier caso, la solicitud resulta improcedente porque el art. 471, párrafo segundo, LEC se refiere a la prueba para acreditar la infracción o vulneración producida, es decir, la procesal denunciada, no sobre el fondo del asunto, toda vez que de entenderlo de otro modo supondría convertir el recurso extraordinario en una nueva instancia.

1º. - RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- El motivo único se articula en dos submotivos que se examinan por separado.

En el primer submotivo se alega infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º LEC). En el cuerpo del submotivo no se indica que norma legal reguladora de la sentencia ha resultado infringida, —lo que por sí solo debió haber determinado su inadmisión—, y se formulan diversas alegaciones de modo asistemático y desordenado que se pueden resumir en tres cuestiones: carencia de toda lógica de la consideración de no solvencia que se hace de la empresa productora del programa; que de la prueba practicada en las actuaciones se infiere como única

conclusión lógica que la entidad productora del espacio televisivo en modo alguno se le podía calificar como insolvente para realizar la actividad con ella contratada; y que al no haberse practicado la prueba testifical solicitada se dejó a la recurrente en situación de indefensión.

La desestimación del submotivo, aparte de la razón ya expresada de no concreción de la infracción legal, se sustenta en las apreciaciones siguientes.

En primer lugar, las alegaciones relativas al fondo del asunto son impropias del recurso de que se trata. La expresión de “carencia de toda lógica”, como también sucede con la de “carencia de razón”, constituyen proposiciones que no permiten cobijar, al socaire de defecto de motivación, una discusión sobre el juicio jurisdiccional relativo al fondo del asunto, pues el examen de la adecuada interpretación y aplicación de las normas sustantivas corresponde al recurso de casación.

En segundo lugar, el error en la valoración no puede denunciarse con base en el ordinal segundo del art. 469.1 LEC. Con independencia de que la valoración de la prueba corresponde a los Tribunales que conocen en primera y segunda instancia, la verificación de un error de hecho notorio, arbitrariedad o irracionalidad manifiesta, a cuyo ámbito se limita la “cognitio” de este Tribunal, exige el planteamiento adecuado por el cauce del ordinal cuarto del propio art. 469.1 LEC.

Finalmente, en tercer lugar, en lo que atañe a la denegación de la prueba testifical, el tema suscitado es ajeno a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por lo que no cabe amparar su denuncia en el ordinal segundo sino que correspondía el tercero del art. 469.1 LEC.

En el segundo submotivo se aduce vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución (art. 469.1.4º LEC). La falta de concreción del supuesto del art. 24 C.E. que sirve de sustento al submotivo debió haber dado lugar a su inadmisión por falta de claridad y precisión. Por lo demás, las dos cuestiones que se suscitan en el cuerpo del submotivo carecen manifiestamente de fundamento.

Se afirma por la parte recurrente que, en la valoración conjunta de la prueba practicada en las actuaciones, la sentencia recurrida ha

efectuado unas conclusiones fácticas ilógicas, no razonables y arbitrarias, incumpliendo las reglas más elementales de la sana crítica. Contemplada la denuncia en la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. que rechaza la arbitrariedad y la irrazonabilidad, ninguno de estos defectos concurren en el caso, pues si la primera supone un actuar judicial sin razones formales ni materiales y que resulta de una simple expresión de la voluntad, y la segunda se produce cuando el razonamiento incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas, basta un somero examen del contenido de la resolución recurrida para desechar el planteamiento del recurso.

Por otro lado, y en cuanto a la denegación de la práctica de la prueba, la pretensión de nulidad de actuaciones de la parte recurrente resulta infundada. Es cierto que el derecho a la prueba forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y que éste se infringe tanto cuando se deniega el medio solicitado, como cuando, admitido, no se practica por causa no imputable a la parte solicitante. Sin embargo, para hacer valer la infracción mediante el recurso extraordinario por infracción procesal es preciso razonar adecuadamente cómo se ha dado cumplimiento a la exigencia del art. 469.2 LEC, y que se han agotado todas las posibilidades procesales para la efectividad del derecho, sin que baste la simple afirmación, o la mera remisión a las actuaciones. Asimismo es preciso argumentar el carácter trascendente del medio de prueba y su idoneidad para acreditar el hecho concreto objeto de controversia, y nada de ella se ha cumplido en el caso. Es más, aún referida la testifical de la Presentadora y del Director del Programa al tema de la solvencia profesional de la empresa productora “La Granota Grogga, S.L.”, resulta claro que cualquiera que fueran sus respuestas, por lo demás previsibles, nada aportarían para cuestionar la apreciación de la Sala, que deduce la conclusión del propio comportamiento observado en la realización del programa. Por otra parte, y ello corrobora la denegación de la nulidad, la hipotética estimación de la solvencia profesional de la empresa productora del programa, y eventual exclusión de la “culpa en eligendo”

de la entidad televisiva demandada, y aquí recurrente, no impediría mantener la condena por las demás razones que se exponen por el Juzgador “a quo”.

TERCERO.- La desestimación del motivo (submotivos expresados) conlleva: a) la del recurso extraordinario por infracción procesal; b) la condena en costas de la parte recurrente (art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC); y, c) que se deba examinar el recurso de casación (Disposición Final 16ª, apartado 1, regla 6ª LEC).

2º. - RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO.- En el primer motivo del recurso se alega la infracción del art. 20.1.d) de la Constitución por inaplicación, y de los arts. 1º.1 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, y 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

El motivo se desestima por las razones que se exponen seguidamente.

En cuanto al art. 20.1.d) de la Constitución porque mal se puede invocar al amparo de la libertad de información, si resulta indiscutida, e indiscutible, la falsedad de la noticia objeto del proceso, sin que se haya desplegado actividad alguna en orden a la comprobación de la información.

En lo que atañe al art. 1.1º de la L.O. 1/1982 no se advierte en que sentido ha sido infringido por aplicación indebida, ya que el precepto se limita a establecer una fórmula general de protección de los derechos fundamentales que menciona, y entre ellos el del honor, frente a las intromisiones ilegítimas, las que se recogen en el art. 7, cuyo apartado 7, que se refiere a “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”, es el aplicado en el presente caso.

Y, finalmente, por lo que respecta a la infracción del art. 65 de la Ley 14/1966 cualquier debate resulta estéril porque, centrada su aplicación por la sentencia recurrida en el aspecto de la solidaridad a fin de fundamentar que puede dirigirse la acción ejercitada contra cualquiera de los hipotéticos responsables (Fto. de derecho tercero “in fine”), para tal conclusión no es preciso acudir al art. 65.2º de la Ley citada, y así lo tienen declarado,

entre otras, las sentencias de 17 de marzo de 2004 y 3 de diciembre de 2008. Además, y en cualquier caso, dejando a un lado argumentos que no tienen carácter determinante del fallo, los dos aspectos en que se basa la "ratio decidendi" de la resolución recurrida son la existencia de "culpa in eligendo" y "culpa in vigilando", los que no suponen una responsabilidad civil solidaria, sino directa (entre otras, SS. 8-5-2007 y 1-10-2008), sin que obste que sus efectos en la relación "ad extra" se asimilen a los propios de una responsabilidad "in solidum", que no propiamente solidaria. Por todo ello el motivo decae.

QUINTO.- En el motivo segundo se alega infracción del art. 1903 CC por aplicación indebida.

Dejando a un lado las alegaciones no pertinentes, toda vez que no cabe cuestionar en sede de casación la valoración probatoria, ni hacer supuesto de la cuestión, que se produce cuando se parte de premisas fácticas contrarias a las de la resolución recurrida, como tampoco cabe introducir cuestiones nuevas, como sucede con la invocación de caso fortuito, aparte de que es ontológicamente incompatible con la apreciación de existencia de culpa, el motivo debe desestimarse porque la existencia de las dos versiones del juicio de reproche—"in eligendo", e "in vigilando"—se hallan plenamente justificadas.

La falta de solvencia profesional de la productora, en lo que hace referencia a la actuación de algunos de sus empleados (los que decidieron confeccionar el rótulo, y los que dispusieron su emisión), se manifiesta en que constituye una conducta carente de la más elemental diligencia poner un rótulo en el que se atribuye a una persona inocente una imputación tan grave como la de haber incendiado la casa de su mujer. Y ello no ocurrió de modo improvisado, como algo imprevisible y fuera de control, ni el rótulo "se coló" por un ligero descuido, sino que estaba numerado y previsto ponerlo, cuando se le hiciera la indicación oportuna, por el encargado de tal actuación, el cual desconocía su contenido. Y la negligencia es tanto más grave si se advierte que la entrevistada no hace ninguna alusión al respecto durante la entrevista, ni se adoptó medida alguna de rectificación, ni por la dirección del programa, ni del ente televisivo. Resulta por ello plenamente justificada

la apreciación de "culpa in eligendo" por las dos sentencias dictadas en instancia (la de la primera en cuanto asumido su contenido por la de la Audiencia).

Por lo que respecta a la culpa "in vigilando", ésta se manifiesta en que no había ningún miembro de TVE, S.A. que de algún modo controlara o supervisara el desarrollo del programa que se emitía en directo. Como dice la resolución del juzgado (al que se remite la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida): «La reproducción del programa deja bien claro la imprudencia cometida. Ante los comentarios de la Sra. M.T.S. aparece un rótulo que convierte al marido en un sujeto violento y autor del incendio sufrido en la vivienda de la reseñada. Y todo ello sin base o soporte alguno en las manifestaciones de la Sra. M.T.S. que hablaba de otro asunto en el que el marido no tenía interés alguno. Que TVE S.A. no tuviera ningún empleado cualquiera que sea sus funciones que controlara los rótulos que fueran apareciendo a fin de que los mismos se adaptaran a las manifestaciones que en directo se fueran produciendo constituye una clara e indiscutible imprudencia de la que ha de responder».

Se argumenta por la parte recurrente que la culpa "in vigilando" requiere para su apreciación la existencia de una relación jerárquica o de dependencia, y que la empresa productora contratada por TVE es una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de riesgos inherentes al cometido que desempeña. Aunque el tema no fue tratado en la sentencia recurrida, y no se denunció omisión de motivación o en su caso de incongruencia, lo que cuando menos vicia su planteamiento al tratarse de cuestión nueva, o "per saltum", en cualquier caso la alegación carece de fundamento, porque no cabe limitar la operativa de la responsabilidad por hecho ajeno a los casos de que haya una relación de carácter laboral, o de jerarquía o subordinación, ya que puede tener lugar en el ámbito de relaciones arrendaticias (SS. 3 de octubre de 1997; 2 de noviembre de 2001), o de otros tipos contractuales o de relación jurídica o de hecho. Se comprenden todos aquellos supuestos en que la persona a quien se imputa la culpa "in vigilando" tiene o se reserva la dirección, control, intervención o vigilancia en la actividad desplegada por otro,

o como señala la sentencia de 17 de marzo de 2009, con cita de la de 30 de diciembre de 1992, cuando existe "un nexo entre dos personas caracterizado por la existencia en una de ellas de facultades de impartir órdenes e instrucciones a la otra". Y lo que importa es si ello incide en el círculo de actividad en que se produjo el ilícito dañoso, y en el caso no puede caber duda que, cualquiera que fuere la relación del ente televisivo con la empresa productora, aquél estaba facultado, y, dadas las características del hecho, tenía el deber de impedir la emisión del contenido del rótulo, o proceder a la inmediata rectificación. Al no hacerlo, se ha incurrido en "culpa in vigilando" por lo que se ha de soportar la consecuencia jurídica resarcitoria.

Por último, invoca también la parte recurrente que se cumplió con el presupuesto legal exculpativo prevenido en el último párrafo del art. 1903 CC en el que se establece que "la responsabilidad de que se trata [por hecho ajeno] cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño". La alegación se desestima por incurrir en el vicio de hacer supuesto de la cuestión.

SEXTO.- La desestimación de los motivos expresados conlleva la del recurso de casación y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona el 28 de febrero de 2007, en el Rollo número 599 de 2006, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad antes mencionada contra la Sentencia indicada, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvase a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2. Sociedad de la información. Servicios de almacenamiento de datos. Régimen de responsabilidad del servidor por los contenidos ilícitos

■ **Sentencia 316/2010 - Jurisdicción: Civil - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia - Sala: Primera - Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel (Tel 1862167)**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Mayo de dos mil diez. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por Rubokizo, SL, representada por la Procurador de

los Tribunales doña Elena Gil Bayo, contra la Sentencia dictada, el día veintinueve de junio de dos mil siete, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Veintitrés de Valencia. Es parte recurrida don

Luis Alberto, representado por la Procurador de los Tribunales doña María Jesús Gutiérrez Aceves. Es parte en el procedimiento el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por escrito presentado, ante el Juzgado Decano de Valencia, el día veintitrés de mayo de dos mil seis, el Procurador de los Tribunales don Carlos Eduardo Solsona Espriu, obrando en representación de don Luis Alberto, interpuso demanda de juicio ordinario en protección de sus derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad, contra Ruboskizo, SL.

En dicha demanda alegó la representación procesal de don Luis Alberto que éste ejercía como abogado en Valencia desde el año mil novecientos setenta y cinco. Que, en concreto, tenía como cliente de su despacho a Mutua Madrileña Automovilista, desde el año mil novecientos noventa y uno. Que dicha Mutua era su cliente más importante. Que Ruboskizo, SL era titular de una página "Web", denominada "quejasonline", en la que se recogían quejas contra la Mutua Madrileña Automovilista. Que, el día cuatro de junio de dos mil cuatro, apareció en esa página una nota supuestamente emitida por una persona que le suplantó al utilizar su nombre, con el siguiente tenor: "Soy abogado de la Mutua Madrileña y estoy cansado de engañar a la gente, pues la Mutua me hace retrasar los expedientes con el fin de no pagar, tiene pinta de irse al garete". Que don Luis Alberto comunicó la suplantación a Ruboskizo, SL y le requirió para que retirara la nota y le comunicara el nombre del remitente. Que la requerida le contestó que había retirado la nota, pero que no le daba el nombre del remitente de acuerdo con las normas sobre protección de datos, ya que necesitaría el consentimiento del autor y que, en todo caso, estaba dispuesta a colaborar. Que el demandante instó la iniciación de un procedimiento penal, terminado con el archivo de las actuaciones, ante la imposibilidad de conocer al infractor. Que la negligencia de la demandada era evidente y que le había causado daños patrimoniales y morales.

En el suplico de dicho escrito interesó la representación del demandante una senten-

cia que "declare: a) Que el demandado ha cometido una intromisión ilegítima en el honor del demandante por la publicación de su nombre en una queja frente a Mutua Madrileña Automovilista. b) Se condene al demandado a difundir a su costa los fundamentos jurídicos y fallo de la sentencia una vez firme en la página de inicio de su página web quejasonline.com durante ciento diecinueve días. c) Se condene al demandado al pago de la suma de seis mil ciento treinta y cinco euros con diecisiete céntimos en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. d) Todo ello con expresa condena en costas".

SEGUNDO. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Veintitrés de Valencia, que la admitió a trámite conforme a las normas del juicio ordinario.

La demandada fue emplazada y se personó en las actuaciones, representada por la Procurador de los Tribunales doña Elena Gil Bayo, que contestó la demanda, para oponerse a la estimación de la misma.

Alegó en dicho escrito que la demandada no era responsable del contenido de los mensajes de los usuarios de la página, por lo que carecía de legitimación pasiva. Añadió que no respondía conforme a la legislación vigente, ya que retiró la queja al recibir la protesta.

También dio intervención el Juzgado de Primera Instancia al Fiscal, que informó en el sentido de entender "que dada la especial situación del Ministerio Fiscal, a la vista de la contestación a la demanda y la prueba practicada, informará en defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales, solicitando tenga al Ministerio Fiscal por comparecido y parte en los autos y por contestada la demanda".

TERCERO. Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, propuesta y practicada la prueba que había sido admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Veintitrés de Valencia dictó sentencia, con fecha treinta de noviembre de dos mil seis, con la siguiente parte dispositiva: "Fallo. Que estimando la demanda deducida por don Luis Alberto, representado por el Procurador don Carlos Eduardo Solsona Espriu, contra la mercantil Ruboskizo, SL, representada por la Procuradora doña Elena Gil Bayo: A. Debo declarar y declaro que la

demandada ha cometido una intromisión ilegítima en el honor del demandante por la publicación de su nombre en una queja frente a Mutua Madrileña Automovilista. B. Debo condenar y condeno a la demandada a que difunda a su costa el fallo de esta sentencia, una vez firme, en la página de inicio de su página web quejasonline.com durante ciento diecinueve días. C. Debo condenar y condeno a la demandada a que abone al actor la cantidad de seis mil ciento treinta y cinco euros con diecisiete céntimos (6.135,17 euros), más los intereses del art. 576 Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Se imponen a la demandada las costas del procedimiento".

CUARTO. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Veintitrés de Valencia fue recurrida en apelación. Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Valencia, el recurso turnado a la Sección Sexta de la misma, que lo tramitó y dictó sentencia con fecha veintinueve de junio de dos mil siete, con la siguiente parte dispositiva: "Fallo. En atención a lo expuesto, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por la Constitución aprobada pro el pueblo español, Decide 1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad Mercantil Ruboskizo, SL. 2º) Confirmar la Sentencia de fecha treinta de noviembre de dos mil seis. 3º) Imponer a la parte apelante las costas procesales".

QUINTO. La representación procesal de la demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo admitió por providencia de diez de octubre de dos mil siete.

Elevadas las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la misma, por auto de siete de julio de dos mil nueve, decidió: "1. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Ruboskizo SL contra la Sentencia dictada con fecha veintinueve de junio de dos mil siete, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Sexta), en el rollo de apelación núm. 138/2007 dimanante de los autos núm. 627/2006 del Juzgado de Primera Instancia número Veintitrés de Valencia. 2º. Y entregar copia del escrito

de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que, en el plazo de veinte días, formalice su oposición y alegue lo que estime conveniente en cuanto a la cuestión prejudicial planteada, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría, y transcurrido dicho plazo y verificado, a los mismos fines, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal".

SEXTO. El recurso de casación de Ruboskizo, SL se compone de dos motivos, formulados con amparo en el artículo 477, apartado 2, ordinales 1º y 3º, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que la recurrente denuncia:

PRIMERO. La infracción de los artículos 18 y 20 de la Constitución Española.

SEGUNDO. La infracción del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, en relación con los artículos 14 y 15 de la Directiva 2.000/31/Constitución Española, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

SEPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de don Luis Alberto, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

OCTAVO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el día cinco de mayo de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Don Luis Alberto pretendió, en la demanda rectora del proceso del que deriva el recurso de casación que hemos de decidir, además de la declaración de la ilicitud, la condena de Ruboskizo, SL, servidora de la sociedad de la información, a indemnizarle por los daños morales y patrimoniales que afirmó le había causado la demandada en el ejercicio de la actividad de almacenamiento de datos, al haber alojado en su página "Web", a solicitud de una persona ajena al

proceso, un comentario negativo sobre la seriedad del comportamiento frente a sus clientes de la sociedad aseguradora para la que el propio demandante prestaba, como abogado, servicios de defensa jurídica en la ciudad de Valencia.

Se ha declarado en la instancia que el actor, pese a que aparecía como autor del comentario, no lo era, sino que su nombre había sido utilizado indebidamente por quien redactó la nota.

En ambas instancias la demanda fue estimada. La sentencia de la segunda ha sido recurrida en casación por la demandada, que niega su responsabilidad por los contenidos redactados por terceros, pese a estar alojados en sus servidores.

En el primer motivo del recurso señala Ruboskizo, SL como infringido el artículo 20, en relación con el 18, ambos de la Constitución Española. Afirma que la doctrina aplicada por el Tribunal de apelación significaba dejar sin protección la libertad de expresión en el ámbito de que se trata.

En el segundo motivo sostiene producida la infracción del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de noviembre, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, al no haber considerado la Audiencia Provincial concurrente la causa de exclusión de responsabilidad que dicho precepto regula.

Los hechos que han sido declarados probados en las instancias son los siguientes:

1º) Mutua Madrileña Automovilista es uno de los clientes de don Luis Alberto, ejerciente de la profesión de abogado en Valencia.

2º) Ruboskizo, SL presta servicios de almacenamiento de datos, mediante una página “Web”, denominada “*quejasonline*”, en la que se recogen y hacen públicas las protestas de los destinatarios de aquellos respecto de las actividades de determinadas empresas.

3º) En junio de dos mil cuatro, en dicha página apareció un comentario sobre Mutua Madrileña Automovilista, a nombre del demandante —que, como se dijo, no fue el autor— del tenor siguiente: “*Soy abogado de Mutua Madrileña y estoy cansado de engañar a la gente, pues la Mutua me hace retrasar los expedientes, con el fin de no pagar. Tiene pinta de irse al garete*”.

4º) El demandante comunicó a Ruboskizo, SL la suplantación y le requirió para que re-

tirase de la página “Web” aquel comentario. Lo que la requerida hizo seguidamente.

SEGUNDO. Con el propósito de poner fin a las divergencias normativas y jurisprudenciales existentes entre los Estados miembros sobre la materia, la Directiva 2.000/31 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, reguló —en la sección cuarta de su capítulo segundo— el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios de la sociedad de la información.

En particular, el artículo 15, apartado 1, niega la posibilidad de que los Estados miembros impongan a los prestadores de servicios “una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas” respecto del servicio de que se trata. A su vez, el artículo 16 dispone que los Estados miembros garantizarán que los prestadores de servicios consistentes en almacenar datos facilitados por el destinatario de los mismos, no responden, cuando se ejercite una acción por daños y perjuicios, siempre que no tengan “*conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito*” y, en el caso de que tuvieran dicho conocimiento, cuando actúen “*con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible*”.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, al incorporar al Ordenamiento jurídico español la Directiva, dispone —en el artículo 13, apartado 2— que, para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, “*se estará a lo establecido en los artículos siguientes*”, entre ellos, el 16 que, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos —condición que es la de la demandada— proclama que los mismos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o, si es que lo

tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

En la sentencia de 9 de diciembre de 2009 nos pronunciamos sobre la interpretación de ese artículo 16 conforme a la Directiva 2.000/31 / CE, en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos.

Pues bien, la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta ese conjunto normativo al declarar la responsabilidad de la demandada Ruboskizo, SL. Y, por ello, no ha extraído consecuencia alguna de que dicha sociedad no conociera ni pudiera razonablemente conocer, directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarlo; ni de que, conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retirase el comentario sin tacha de negligencia.

Procede estimar el segundo motivo del recurso de casación y, sin necesidad de examinar el primero, casar la sentencia recurrida y, en lugar de ella, hacer lo propio con el recurso de apelación de la demandada y desestimar la demanda.

TERCERO. No procede especial pronunciamiento sobre las costas de la casación y de la apelación, de conformidad con el artículo 498 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tampoco condenamos al demandante al pago de las costas de la primera instancia, por apreciar concurrente el supuesto excepcional que contiene el artículo 394, apartado 1, de la citada Ley procesal.

3. Desestimación de nacionalidad. Falta de integración en la sociedad española. Poligamia

■ **Sentencia 809/2008.-Jurisdicción: Contencioso-Administrativo-Origen: Audiencia Nacional - Tipo Resolución: Sentencia - Ponente: Isabel García García-Blanco (Tel 1854540)**

SENTENCIA

Madrid, a seis de mayo de dos mil diez
Visto el recurso contencioso-administrativo

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLO

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por “Ruboskizo, SL” contra la sentencia dictada en fecha veintinueve de junio de dos mil siete, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, la cual casamos y dejamos sin efecto.

Estimamos el recurso de apelación interpuesto, por Ruboskizo, SL, contra la sentencia dictada, el día treinta de noviembre de dos mil seis, por el Juzgado de Primera Instancia número Veintitrés de Valencia, la cual dejamos sin efecto, y desestimamos la demanda interpuesta contra dicha recurrente por don Luis Alberto.

No pronunciamos condena en costas de las dos instancias ni de la casación.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- **Xavier O’Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernández.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 809/08, se tramita a instancia de D. Lucas, representado por el

Procurador D. Francisco Inocencio Fernández Martínez, y asistido por la Letrada Dña. Inés María García Chico, contra Resolución de la DGRN, por delegación del Ministro del ramo, de 18-6-2008 por la que se desestima la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso en fecha 27/10/2008 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, teniendo por presentado este escrito con sus copias y por formalizada la demanda en este recurso, la admita, dándole la tramitación que proceda y en su día dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso, declare:

1. Que es nula y no conforme a derecho la Resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 18/6/2008, en la que se acuerda denegar la concesión de la nacionalidad española al demandante.

2. Que procede conceder a D. Lucas de la nacionalidad española por residencia.

Y, como consecuencia de lo anterior, condene a la Administración Pública demandada a:

1. Dictar una nueva resolución en la que se conceda al demandante la nacionalidad española.

2. Al pago de las costas procesales ocasionadas en esta instancia, conforme a lo establecido en el art. 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora del Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

2.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el

cuál solicitó: "Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tener por contestada la demanda, con devolución de los autos, dictando previos los trámites legales, sentencia por la que se desestime el presente recurso, con imposición de costas a la parte recurrente".

3.- Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, han concretando sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones. Por providencia de 26 de Abril de 2010 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 4 de Mayo de 2010, en que efectivamente se deliberó y votó

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D^a ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro del ramo, de 18-6-2008 por la que se desestima la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia.

En la resolución recurrida se hace valer la falta de integración en la sociedad española sobre la base de la poligamia efectiva del recurrente.

El recurrente, nacional de GAMBIA, mantiene en la demanda su pretensión de reconocimiento de la nacionalidad española, alegando al efecto que los matrimonios y divorcios se han realizado en el territorio de su país de origen con arreglo a la ordenanza mahometana de matrimonio y divorcio de 1941 por lo que no ha incumplido en ningún momento la legislación española.

Frente a ello, la representación de la Administración mantiene la legalidad de la resolución impugnada al no haberse acreditado por la recurrente la integración en la sociedad española.

2.- Los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a

la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación.

Los primeros no plantean problema para su apreciación, y en cuanto a los segundos, por su propia naturaleza de conceptos jurídicos indeterminados, precisan de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración (art. 103 de la Constitución), sin que propicien soluciones alternativas propias de la discrecionalidad administrativa.

Así ha declarado la sentencia de 24 de abril de 1999, citando otras muchas como las de 22-6-82, 13-7-84, 9-12-86, 24-4, 18-5, 10-7 y 8-11 de 1993, 19-12-95, 2-1-96, 14-4, 12-5 y 21-12 de 1998 y 24-4-99, que en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, como orden público e interés nacional, resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, porque la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados, añadiendo que el reconocimiento de la nacionalidad española no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos. Por ello, la propia sentencia señala que la nacionalidad tiene la auténtica naturaleza jurídica de estado civil de la persona, por lo que su adquisición por residencia no puede confundirse con la que se lleva a cabo por carta de naturaleza, pues mientras ésta constituye un genuino derecho de gracia, en que el requisito de la solicitud tiene el significado de ocasión o motivo pero no causa jurídica de la misma, la adquisición por residencia no puede concederse o denegarse sino cuando concurren las circunstancias legalmente previstas, de manera que no se trata de una concesión "stricto sensu" sino

de un reconocimiento por concurrir al efecto los requisitos exigibles.

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que la recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que su situación familiar no responde a una estructura de monogamia.

Se trata de determinar si ello resulta decisivo para apreciar la carencia de ese requisito. A tal efecto ha de significarse que la integración social deriva de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales españoles, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, del grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente.

3.- Como ya hemos venido señalando en anteriores resoluciones, en nuestro país, la configuración legal del matrimonio y de mayoritario implante sociológico, es la monógama y el hecho de mantener diversas esposas (poliginia) o varios maridos (poliandria) de modo simultáneo, es un dato relevante a la hora de determinar el grado de adaptación e integración a la sociedad española y sin que con ello se pueda entender realizada ninguna consideración negativa sobre los preceptos morales y religiosos que admiten esta costumbre en otros ámbitos geográficos y culturales, por lo que no se puede considerar que exista factor de discriminación alguno al denegar la nacionalidad a personas que ponen en práctica esta forma plural de relación marital, sino que al valorar este elemento, se está realizando una simple toma en consideración de un requisito legal como es el de la adaptación a las costumbres españolas como muestra de la integración que exige el artículo 22-4 del Código Civil y cuya aceptación y mantenimiento, dentro o fuera de nuestras fronteras, por alguien que pretende tener una especial vinculación con España por vía de la nacionalidad, repugna a nuestro estándar convivencial.

Además él que pretende adquirir la nacionalidad española lo hace con el compromiso de someterse a la obediencia de la Constitu-

ción y de las leyes españolas y estas impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal (art.46.2. CC) y se tipifica como delito contraer segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el primero (art. 217 del Código Penal). Una situación de efectiva poligamia como la del caso de autos, que, si bien puede ser conforme a la ley nacional del recurrente, es contraria al orden público en España.

De hecho el expediente permite concluir que el recurrente que solicitó la nacionalidad española el 10-6-2005, ha simultaneado cuatro esposas (Emilia, Lucía, Salome y Angelica), y que el vínculo subsiste al menos con dos ya que una ha fallecido 2003 y de otra se ha divorciado 2007, ya que hasta tal año no se inscribe el divorcio (folio 22 del expediente). A ello unimos que el solicitante, cuya residencia legal se remonta al 3-10-1998, contrajo varios matrimonios en su país cuando ya llevaba varios años residiendo legalmente en España y por ello conocía perfectamente la organización de la sociedad española en este aspecto, y pese a ello optó por la poligamia.

Citando al TS en su sentencia de 26-7-2004 (Rec. 4114/2000): "... No se trata, tampoco, de que este Tribunal pretenda prohibir que una familia islámica viva conforme a los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece. Esto sólo podríamos hacerlo si una norma jurídica válida conforme al ordenamiento jurídico español —ya sea el interno o el supraestatal comunitario— así lo estableciera. Y ninguna de tal contenido se nos ha invocado en este recurso de casación.

Lo que ocurre es que una cosa es obtener el derecho de residencia, y otra cosa es obtener la ciudadanía española, la cual otorga derechos que la residencia no confiere.

En este sentido, resulta oportuno recordar que la doctrina de esta Sala sobre las diferencias entre las autorizaciones y concesiones administrativas y la llamada "concesión de la nacionalidad española", aparece recogida en una línea jurisprudencia que puede tenerse por consolidada y de la que es manifestación muy reciente la de 24 de mayo del 2004 (casación 1862/2000) en la que, en lo que interesa aquí y ahora, y reproduciendo lo que dicho tenemos en otra sentencia de 9 de febrero del 2004 (casación 7059/1999) hacíamos una referencia " a lo que la adquisición de la

nacionalidad supone para quien la solicita y que es precisamente lo que normalmente le impele a solicitarla. Hablar de esto es necesario para entender plenamente porqué esta Sala 3ª del Tribunal Supremo viene hablando de un plus que se adquiere y de la naturaleza política que tiene ese algo que se añade a la personalidad del solicitante cuando su solicitud es estimada, que es, nada menos que esto: el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Lo ha recordado también el Tribunal constitucional en sentencia 132-bis/1992 de 1 de julio, en la que, saliendo al paso de cierta tesis gubernamental "según la cual pudiera el legislador acuñar o troquelar nacionalidades ad hoc, con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el artículo 13.2 CE ", dijo que: "... la Constitución, en su artículo 13, ha introducido reglas imperativas insoslayables para todos los poderes públicos españoles (art. 9.1, Norma Fundamental), en el orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de los no nacionales. Se cuenta entre tales reglas, según venimos recordando la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos —como el de sufragio pasivo que aquí importa— que no pueden ser atribuidos ni por ley, ni por tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución". Nótese ya, de paso, cómo el acto de conferimiento de la nacionalidad no es un acto administrativo como cualquier otro; antes al contrario, tiene una acusadísima cualificación que lo singulariza frente a los demás, ya que, ni siquiera una ley o un tratado, puede hacer lo que mediante ese acto, previa la cuidadosa y prudente apreciación de la concurrencia de los requisitos que la ley establece, puede hacerse. Y no está de más recordar también que el Tribunal constitucional tiene dicho que el artículo 23.1 CE, "que distingue "funciones" y "cargos" públicos, reconoce, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales, y, de otro, dos derechos —sufragio activo y sufragio pasivo— que enmarcan la participación política de los ciudadanos en el sistema

democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y del pluralismo político, consagrados en el artículo 1 C.E. (STC. 71/1989). Y del primero de esos derechos —acceso a puestos funcionariales— tiene dicho el mismo Tribunal "que el artículo 23.2 comprende no sólo el acceso a la función pública, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa (STC 192/1991, y STC 200/1991, entre otras). Y del segundo de esos derechos —acceso a los cargos públicos—, que "se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en los que se organiza territorialmente de acuerdo con el art. 137 CE —Comunidades autónomas, Municipios y Provincias (STC 23/1984)—". "

También ha declarado el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 10 de Junio de 2008 (Rec. 6358/2002), que cita otra de 14 de Julio de 2004, "... la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3. CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello, sencillamente, porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos", y añade que "... la llamada a la correspondiente legislación nacional para regular el estado civil de las personas no puede servir de pretexto para soslayar el orden público español, que incluye sin duda la prohibición de poligamia". "

Con base a lo anterior, no puede afirmarse que el recurrente se encuentre acomodado a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares por lo que hay que concluir que la Administración ha efectuado una valoración ponderada y proporcionada de las circunstancias concurrentes en este caso para denegar la nacionalidad española, debiéndose confirmar la resolución impugnada, con desestimación de este recurso contencioso.

4.- De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998 no se aprecian

circunstancias de mala fe o temeridad que determinen expresa imposición de las costas causadas en este proceso.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Lucas contra la resolución del Ministerio de Justicia, a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin imposición de costas.

La presente resolución es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo y que se preparará ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS contados desde el siguiente a su notificación.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE
D. FRANCISCO DÍAZ FRAILE
D.ª ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO
D. JESUS CUDERO BLAS

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D.ª ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.

otras novedades jurisprudenciales

Privado

LEGADO ALTERNATIVO. FACULTAD DE ELECCION: corresponde al obligado a su entrega, a no ser que el testador haya ordenado que sea el legatario. - Tribunal Supremo - Sala Primera - Jurisdicción: Civil - Sentencia - Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (Tol 1862266)

Ejercicio de la acción de revocación de donaciones por ingratitud al haberse formulado por la hija donataria escrito de acusación contra la madre donante por la muerte del esposo y padre. - Tribunal Supremo - Sala Primera - Jurisdicción: Civil - Sentencia..... (Tol 1854885)

Penal

Delito de cohecho pasivo impropio: art. 426 del CP. Recurso de casación. Anulación parcial del auto de sobreseimiento libre. Reenvío de las actuaciones al Magistrado-Instructor de la causa. - Tribunal Supremo - Sala Segunda - Jurisdicción: Penal - Sentencia..... (Tol 1833498)

STC 30/2010. Vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002); insuficiencia de la grabación audiovisual del juicio oral (STC 120/2009)..... (Tol 185983)

Licenciamiento y límite máximo de cumplimiento. Doctrina de la STS 197/06. MOTIVOS: infracción de ley, derecho de defensa, igualdad ante la ley, derecho a la libertad, legalidad, seguridad jurídica, reinserción y reeducación (Tol 1836956)

Financiero

Prescripción. Dilaciones imputables al contribuyente: no son tales. Para que pueda hablarse de dilación es preciso que se haya plasmado en un retraso o entorpecimiento en el curso del procedimiento, lo que no es compatible con que éste se haya desarrollado..... (Tol 1855318)

Impuesto sobre sociedades.- Bonificaciones.- Pymes.- Artículos 2 de la Ley 22/1993.- Bonificación del 95 por 100 de la cuota en el impuesto sobre sociedades.- Requisitos.- Inversión en activos fijos nuevos antes del 31 de diciembre de 1995.- Adquisición (Tol 1861532)

Público

Resumen: Responsabilidad patrimonial. Sanidad. Transfusión sanguínea que da lugar al contagio del VIH. Periodo ventana de la infección del donante. Octubre de 1999. Prueba que acredita que el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica no ha..... (Tol 1840293)

Responsabilidad patrimonial. Inactividad de la Administración en la realización de dragados en una ría. Dragados necesarios por razones medio ambientales para mantener el estado de la ría. No ha lugar. Dragados que realiza la actora para mantener su actividad..... (Tol 1837929)

STC 30/2010. Vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002); insuficiencia de la grabación audiovisual del juicio oral (STC 120/2009)..... (Tol 1858983)

**novedades
legislativas**



novidades destacadas

Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional (ToI 1862707)

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (ToI 1862837)

■ **Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (Tol 1862837) (TEXTO ÍNTEGRO)**

I

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.

Las cifras a este respecto son esclarecedoras. En los últimos dos años se han perdido en nuestro país más de dos millones de puestos de trabajo y el desempleo ha crecido en casi dos millones y medio de personas, lo que ha duplicado la tasa de paro hasta acercarse al 20%. Un desempleo de esa magnitud constituye el primer problema para los ciudadanos y sus familias y supone un lastre inasumible a medio plazo para el desarrollo económico y para la vertebración social de nuestro país.

Por ello, recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo constituye en estos momentos una exigencia unánime del conjunto de la sociedad y, en consecuencia, debe constituir el objetivo último fundamental de todas las políticas públicas.

Es indudable que la principal y directa causa de la pérdida de empleo durante los últimos dos años ha sido la caída de la actividad productiva, derivada, en un primer momento, del colapso de los cauces habituales de crédito y endeudamiento que sustentaron de forma decisiva el consumo y la inversión en la pasada etapa expansiva. Un fenómeno común a los países de nuestro entorno socioeconómico, y en particular a los integrantes de la eurozona.

Pero es cierto que en España la incidencia de esta contracción productiva sobre el empleo ha sido superior a la sufrida en otros países. Y existe una amplia coincidencia en señalar como responsables de este negativo comportamiento tanto a las diferencias en la estructura productiva del crecimiento económico, como a algunas particularidades estructurales de nuestro mercado laboral, que las reformas abordadas en las últimas décadas

no han logrado eliminar o reducir de forma sustancial.

Unas debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales que en último término vienen a explicar la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico que se ha venido poniendo de manifiesto en nuestro país, lo que hace que crezca mucho en las fases expansivas pero que se destruya con igual o mayor intensidad en las etapas de crisis, y entre las que se encuentran las siguientes: un significativo peso de los trabajadores con contrato temporal (en torno a un tercio del total de asalariados por cuenta ajena), que constituye una anomalía en el contexto europeo, y que ha derivado en una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y temporales; un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual; una insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo; la persistencia de elementos de discriminación en el mercado de trabajo en múltiples ámbitos, pero de forma muy señalada en el empleo de mujeres, personas con discapacidad y desempleados de más edad.

La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad económica y social de este modelo, que ha generado la rápida destrucción de cientos de miles de puestos de trabajo. A su corrección se dirigen esencialmente las medidas contenidas en este real decreto-ley, que suponen una continuación coherente de las actuaciones que el Gobierno ha puesto en práctica en materia laboral desde el inicio de la mencionada crisis financiera que precipitó la entrada en recesión de nuestra economía, junto a la mayoría de los países del área euro.

La velocidad a la que ésta ha evolucionado ha obligado a responder con idéntico ritmo para paliar o revertir sus efectos más dañinos, priorizando en cada momento la puesta en práctica de actuaciones laborales con el objetivo de reforzar la protección social, incentivar la contratación y mejorar la empleabilidad de los colectivos más perjudicados, o favorecer el mantenimiento del empleo en las empresas. Todo ello ha derivado en una larga lista de

medidas que, aunque adoptadas en diferentes momentos temporales, han ido respondiendo a la misma lógica y de la que también participan las que ahora se aprueban.

Las modificaciones legales que aquí se abordan se inscriben en un marco de reformas más amplio impulsado por el Gobierno, integradas en la denominada Estrategia de Economía Sostenible, presentada el pasado 2 de diciembre por el Presidente del Gobierno en el Congreso de los Diputados para acelerar la renovación de nuestro modelo productivo. Un escenario de reformas estructurales de amplio espectro destinadas a hacer más resistente nuestra economía frente a las perturbaciones externas, a mejorar su competitividad a medio y largo plazo, a fortalecer los pilares de nuestro estado de bienestar y, en último término, a generar más empleo. La Estrategia de Economía Sostenible incluía el compromiso de realizar una reforma del mercado de trabajo, que se materializa a través de este real decreto-ley.

Por tanto es desde una perspectiva integral, que contemple tanto la totalidad de las actuaciones adoptadas en los últimos dos años como las iniciativas de futuro en marcha, que las medidas incluidas en este real decreto-ley adquieren su completa dimensión.

II

Esta reforma tiene como objetivo esencial contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española. A estos efectos, se dirige a corregir la dualidad de nuestro mercado de trabajo promoviendo la estabilidad en el empleo y a incrementar la flexibilidad interna de las empresas, como aspectos más destacables.

De manera más concreta, las medidas incluidas en esta norma se dirigen a lograr tres objetivos fundamentales.

Primero, reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento más equilibrado y sostenible.

Segundo, reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento

del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas.

Tercero, elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral.

Las reformas legislativas dirigidas a reducir la dualidad de nuestro mercado laboral constituyen el primer objetivo del presente real decreto-ley y son objeto de tratamiento en su capítulo I. Se incorpora en este ámbito un conjunto coherente y equilibrado de medidas que persiguen, por un lado, restringir el uso injustificado de la contratación temporal y, por otro, favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida.

Entre las medidas dirigidas a restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación cabe destacar las dirigidas a establecer un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado, límite a partir del cual ha de considerarse que las tareas contratadas tienen naturaleza permanente y han de ser objeto de una contratación indefinida; asimismo, se introducen algunos ajustes en la regla instaurada en 2006 para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales, a fin de hacerla más eficiente. Por último, se incrementa hasta doce días la indemnización por finalización de contratos temporales. No obstante, razones de prudencia aconsejan implantar este incremento de una manera gradual y progresiva por la incidencia que su aplicación inmediata pudiera suponer sobre la creación de empleo.

Entre las medidas que persiguen una utilización más extensa de la contratación indefinida debe destacarse, ante todo, que queda incólume la regulación sustantiva del contrato indefinido de carácter ordinario. Todas las reformas se centran en la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida que, como se recordaba en los documentos hechos públicos por el Gobierno en este proceso de diálogo social, no ha venido

cumpliendo en los últimos años la finalidad que reza en su enunciado, a saber, promover el acceso a contratos de carácter indefinido de los colectivos que más dificultades encuentran en la actualidad para obtenerlos.

Con esta finalidad, se amplían, en primer lugar, los colectivos con los que se puede suscribir esta modalidad de contrato, reduciendo a tres meses la exigencia del período de permanencia en el desempleo y posibilitando el acceso al mismo de los trabajadores “atrapados en la temporalidad”, es decir, aquéllos que en los últimos años solo hayan suscrito contratos de duración determinada o a quienes se les haya extinguido un contrato de carácter indefinido.

Por otra parte, respetando las cuantías establecidas para los diversos supuestos de extinción, se reducen las cantidades a abonar por las empresas en caso de extinción de los mismos mediante la asunción transitoria por el Fondo de Garantía Salarial de una parte de las indemnizaciones, medida que se aplicará exclusivamente a los despidos económicos, sean individuales o colectivos, excluyendo a los despidos de carácter disciplinario. Se preserva, en consecuencia, el compromiso del Gobierno de mantener los derechos de los trabajadores y aliviar a las empresas de una parte de los costes extintivos. Esta medida no supone una asunción por el Estado de una parte de los mismos ya que se instrumenta a través de un organismo público que se nutre exclusivamente de cotizaciones empresariales.

La medida anterior quiere tener, no obstante, un carácter coyuntural y servir como transición hacia un modelo de capitalización individual mantenido a todo lo largo de la vida laboral, por un número de días por año a determinar, para cuya regulación el Gobierno aprobará un proyecto de Ley. Este fondo individual de capitalización podrá hacerse efectivo por el trabajador para los casos de despido, así como para completar su formación, en supuestos de movilidad geográfica o, en último término, en el momento de su jubilación. Este modelo se dirigirá a dotar a nuestro mercado de trabajo de una mayor estabilidad en el empleo y una más sana movilidad laboral.

Por último, se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción

que establece el Estatuto de los Trabajadores. La experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente.

Se ha estimado necesaria, en consecuencia, una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial. En este sentido, no sólo se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia, sino que la modificación integra en la ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de su tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales sobre esta materia. En definitiva, se persigue con ello reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación. Se incluyen también determinadas disposiciones en relación con el preaviso y el incumplimiento de los requisitos formales en la extinción del contrato por causas objetivas.

El Capítulo II agrupa diversas medidas que pretenden potenciar los instrumentos de flexibilidad interna en el transcurso de las relaciones laborales, favoreciendo la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo.

Por tanto, configurar instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad, salvaguardando los derechos de los trabajadores y facilitando de modo especial el mantenimiento de sus puestos de trabajo, constituye el objetivo general de este Capítulo. Entre esas medidas de flexibilidad interna se modifican las relativas a los traslados co-

lectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las cláusulas de inaplicación salarial y, muy señaladamente, la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Respecto de las modificaciones introducidas en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, se persigue dotar al procedimiento de mayor agilidad y eficacia. Para ello se establece el carácter improrrogable del plazo previsto para los períodos de consultas, se prevé una solución legal para los supuestos en que no existan representantes de los trabajadores en la empresa con quienes negociar y se potencia la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias establecidos a través de la negociación colectiva. Tales medios han demostrado su valor y eficacia como sistemas que evitan la judicialización de los conflictos laborales, permitiendo que los procesos de adaptación de las condiciones de trabajo se lleven a cabo con agilidad para el empresario y con garantías para los trabajadores, disminuyendo la conflictividad laboral, en especial en aquellos casos en que estos mecanismos se incardinan en instituciones creadas mediante acuerdo de las organizaciones empresariales y sindicales en el ámbito correspondiente.

Por otra parte, las reformas introducidas en el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, se dirigen a favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de régimen salarial establecido afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo. Para ello, se regule de manera más completa este procedimiento y se apela también aquí a la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias.

El Gobierno considera que no es posible mantener una regulación legal que conduce a situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico para estos casos de desacuerdo y que es esencial, por tanto, habilitar un procedimiento para resolver estas discrepancias, teniendo en cuenta el interés general evidente que conlleva propiciar la aplicación de medidas de flexibilidad interna de carácter no traumático como mecanismo

de utilización preferente frente al recurso a la destrucción de puestos de trabajo.

Este conjunto de medidas no contradicen la voluntad manifestada por el Gobierno a lo largo de todo este proceso de diálogo social de respetar el período que se han dado los interlocutores sociales en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito el pasado mes de febrero para acordar las modificaciones que crean convenientes en la negociación colectiva. Pretenden tan solo, respetando la articulación legal de los convenios colectivos y manteniendo la eficacia normativa de los mismos, establecer los supuestos y condiciones en los que pueda ser necesaria una inaplicación excepcional de lo establecido en un convenio colectivo como medio para evitar la destrucción de puestos de trabajo. Todo ello teniendo bien presente que la negociación colectiva constituye el mejor instrumento para favorecer la adaptabilidad de las empresas a las necesidades cambiantes de la situación económica y para encontrar puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores.

Junto a lo anterior, este capítulo incluye modificaciones en el ámbito laboral y de protección social que persiguen fomentar la adopción por el empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo (sea a través de la suspensión del contrato de trabajo, sea mediante la reducción de la jornada en sentido estricto). Se trata de un instrumento que favorece la flexibilidad interna de la relación laboral y que permite alcanzar un equilibrio beneficioso para empresarios y trabajadores, pues facilita el ajuste de la empresa a las necesidades cambiantes del mercado y, al mismo tiempo, proporciona al trabajador un alto grado de seguridad, tanto en la conservación de su puesto de trabajo, como en el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos por la protección dispensada por el sistema de protección por desempleo. En este sentido, se introduce la medida de reducción temporal de jornada dentro del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, se flexibiliza el tratamiento de esta figura tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social y se amplían los incentivos para trabajadores y empresarios vinculados a la utilización de esta medida y consistentes, respectivamente, en la

reposición de las prestaciones de desempleo y en las bonificaciones de las cotizaciones empresariales.

El Capítulo III agrupa distintas medidas que se dirigen a favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas. Para ello, en primer lugar, se mejora la política de bonificaciones a la contratación indefinida, partiendo del consenso general (que ha tenido reflejo en las recientes conclusiones de la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados sobre esta materia) de que su práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia. Sobre la base de este diagnóstico, se realiza una regulación más rigurosa y se definen de manera más selectiva los colectivos de trabajadores para cuya contratación indefinida se establecen bonificaciones: jóvenes hasta 30 años con especiales problemas de empleabilidad y mayores de 45 años con una permanencia prolongada en el desempleo; junto a ello, se mantienen determinadas bonificaciones para la conversión de contratos formativos y de relevo en contratos indefinidos. Se mejoran, por otra parte, las cuantías de estas nuevas bonificaciones cuando la contratación se haga para mujeres. Se establece, por último, un horizonte temporal para su aplicación, a cuyo término se realizará una rigurosa evaluación de sus resultados, lo que permitirá su modificación si fuera necesario.

Por lo demás, se mantienen en su regulación actual las bonificaciones dirigidas a personas con discapacidad, constitución inicial de trabajadores autónomos, empresas de inserción, víctimas de violencia de género y, en particular, las que tienen como finalidad mantener la situación de actividad de los trabajadores mayores de 59 años. Respecto de estas últimas, deberá reflexionarse si estas bonificaciones deben seguir incardinadas en las políticas de empleo, como ocurre en la actualidad, o deben formar parte de las políticas de Seguridad Social.

En segundo lugar, respecto del objetivo específico de elevar las oportunidades de empleo de los jóvenes, se introducen mejoras sustanciales en la regulación de los contratos para la formación que, al mismo tiempo, incentivan su utilización por los empresarios a través de una bonificación total de las cotizaciones sociales y los hacen más atractivos

para los jóvenes, a través de la mejora del salario y del reconocimiento de la prestación de desempleo al término de los mismos. Se introducen también determinadas modificaciones respecto del contrato en prácticas, referidas a los títulos que habilitan para realizar estos contratos y al plazo dentro del cual es posible realizarlos.

El Capítulo IV, finalmente, incluye medidas dirigidas a la mejora de los mecanismos de intermediación laboral para fomentar las oportunidades de acceder a un empleo por parte de las personas desempleadas. Se estima necesario iniciar una apertura a la colaboración público-privada en esta materia, preservando, en cualquier caso, la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, para que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación. Los servicios públicos de empleo son siempre necesarios para acompañar y promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo. El Gobierno tiene voluntad de seguir mejorando y potenciando los servicios públicos de empleo. En este contexto, la regulación de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro permitirá complementar la actividad de los servicios públicos de empleo.

En este sentido, se regula legalmente la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro en la línea de las más recientes normas y criterios de la Organización Internacional del Trabajo en esta materia. La centralidad de los servicios públicos de empleo respecto de estas agencias queda asegurada por la exigencia de una autorización administrativa para el desarrollo de su actividad, por la configuración de las mismas como entidades colaboradoras de dichos servicios públicos cuando suscriban convenios de colaboración con los mismos y, en todo caso, por su sometimiento al control e inspección por parte de éstos.

Por otro lado, el real decreto-ley introduce varias modificaciones en la legislación relativa a las empresas de trabajo temporal que se dirigen a la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través

de empresas de trabajo temporal. Además de determinadas modificaciones referidas al principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y los trabajadores de las empresas usuarias, la adaptación a la legislación comunitaria obliga a revisar las restricciones que se aplican a las empresas de trabajo temporal. Para aplicar esta medida, se reserva un período para que la negociación colectiva, dentro de los sectores hoy excluidos de la actividad de las empresas de trabajo temporal por razones de seguridad y salud en el trabajo, pueda, de manera razonada y justificada, definir los empleos u ocupaciones de especial riesgo que no puedan ser objeto de contratos de puesta a disposición.

Una vez concluido este período y respetando las excepciones para empleos u ocupaciones determinadas que hayan podido acordarse, se derogan —con algunas excepciones— las restricciones actualmente vigentes y se establecen requisitos complementarios para que las empresas de trabajo temporal puedan realizar contratos de puesta a disposición de trabajadores en estos sectores mediante el refuerzo de las exigencias en materia de prevención de riesgos laborales y de formación preventiva de los trabajadores.

III

En el conjunto y en cada una de las medidas que se adoptan concurren, por la naturaleza y finalidad de las mismas, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española como presupuesto habilitante para la aprobación de un real decreto-ley.

En primer lugar, los indicadores de coyuntura que se van conociendo apuntan de forma cada vez más nítida a una incipiente salida de la situación recesiva, y, en consecuencia, al inicio de una fase económica cualitativamente diferente de la atravesada en los últimos dos años. Una nueva etapa que, aunque sujeta aún a importantes riesgos e incertidumbres, requiere de medidas diferentes de las adoptadas hasta este momento, que pongan el acento en sentar las bases de un nuevo modelo de crecimiento más equilibrado y generador de empleo de calidad, algo sobre lo que existe una amplia coincidencia en señalar que sólo

resulta posible implementando con urgencia reformas de calado en el ámbito de las relaciones laborales.

En segundo lugar, ha de considerarse que todas aquellas medidas que se refieren a grupos específicos de trabajadores o que contienen incentivos para la contratación o para el mantenimiento de los puestos de trabajo han de tener efectividad inmediata, pues la tramitación parlamentaria de una norma con rango de ley provocaría graves distorsiones del mercado de trabajo durante el tiempo en que se produjera esa tramitación.

En tercer lugar, la situación del empleo, ya expuesta, tampoco permite aplazar la adopción de aquellas medidas que persiguen animar a los empresarios a contratar nuevos trabajadores, dinamizar el mercado de trabajo fomentando una intermediación laboral más intensa y fortalecer o incentivar mecanismos de flexibilidad interna alternativos a la destrucción de puestos de trabajo.

Por otra parte, el modo de incorporación de la Directiva sobre empresas de trabajo temporal, otorgando un plazo a los convenios colectivos para definir ocupaciones con restricciones o limitaciones basadas en razones de seguridad y salud, obliga a conceder a la negociación colectiva un plazo suficiente para llevar a cabo esta tarea con antelación suficiente.

Finalmente, debe resaltarse que el real decreto-ley responde en su procedimiento de elaboración al método que ha sido habitual en las reformas laborales llevadas a cabo en nuestro país en las últimas décadas. Así, las medidas incluidas en esta norma han sido objeto de amplio e intenso debate durante los últimos meses en el marco del diálogo social con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal. En el convencimiento de que el consenso de los interlocutores sociales constituye la vía más eficaz para introducir cambios sustanciales en el sistema de relaciones laborales, el Gobierno ha prorrogado el debate hasta apurar las posibilidades de alcanzar un acuerdo. Sin embargo, agotados los esfuerzos por alcanzarlo, la adopción de las medidas que se consideran necesarias para dinamizar el mercado de trabajo y mantener el empleo existente no puede dilatarse por más tiempo. En todo caso, el proceso de diálogo social

ha servido para conocer las posiciones de las organizaciones empresariales y sindicales respecto de los objetivos de la reforma y de su orientación.

En su virtud, en uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución española, a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración, previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de junio de 2010, DISPONGO:

CAPÍTULO I

Medidas para reducir la dualidad y la temporalidad del mercado de trabajo

Artículo 1. Contratos temporales.

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado de la siguiente manera:

Uno. La letra a) del apartado 1 del artículo 15 queda redactada del siguiente modo:

“a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.”

Dos. El apartado 5 del artículo 15 queda redactado de la siguiente manera:

“5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma

empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad.”

Tres. El apartado 9 del artículo 15 queda redactado como sigue:

“9. En los supuestos previstos en los apartados 1 a) y 5, el empresario deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa.”

Cuatro. El actual apartado 9 del artículo 15 pasa a ser el número 10.

Cinco. La letra c) del artículo 49.1 queda redactada de la siguiente manera:

“c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.

Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días.”

Seis. La disposición adicional decimoquinta queda redactada de la siguiente manera:

“Disposición adicional decimoquinta. Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas.

Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.”

Siete. Se añade una disposición transitoria decimotercera, con la siguiente redacción:

“Disposición transitoria decimotercera. Indemnización por finalización de contrato temporal.

La indemnización prevista a la finalización del contrato temporal establecida en el artículo

49.1 c) de esta Ley se aplicará de modo gradual conforme al siguiente calendario:

– Ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011.

– Nueve días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012.

– Diez días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013.

– Once días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014.

– Doce días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015.”

Artículo 2. Extinción del contrato de trabajo.

Uno. El apartado 1 del artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado en los siguientes términos:

“1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la

demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto."

Dos. El apartado 6 del artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado de la siguiente manera:

"6. Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. La resolución se dictará en el plazo de quince

días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas; si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud.

La resolución de la autoridad laboral será motivada y congruente con la solicitud empresarial. La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida en los términos señalados en el apartado 1 de este artículo."

Tres. La letra c) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactada en estos términos:

"c) Cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado."

Cuatro. La letra c) del apartado 1 del artículo 53 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactada en los siguientes términos:

"c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento."

Cinco. El apartado 4 del artículo 53 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado en los siguientes términos:

"4. Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido

con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4.bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

La decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indem-

nización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan."

Seis. El apartado 2 del artículo 122 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, queda redactado en los siguientes términos:

"2. La decisión extintiva será nula cuando:

a) Resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

b) Se haya efectuado en fraude de Ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

c) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

d) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4.bis y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

e) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras c), d) y e) será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.”

Siete. El apartado 3 del artículo 122 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, queda redactado en los siguientes términos:

“3. La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el artículo 53.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.”

Artículo 3. Contrato de fomento de la contratación indefinida.

La disposición adicional primera de 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, queda modificada como sigue:

“Disposición adicional primera. Contrato para el fomento de la contratación indefinida.

1. Con objeto de facilitar la colocación estable de trabajadores desempleados y de empleados sujetos a contratos temporales, podrá concertarse el contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida que se regula en esta disposición, en las condiciones previstas en la misma.

2. El contrato podrá concertarse con trabajadores incluidos en uno de los grupos siguientes:

a) Trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:

Jóvenes desde dieciséis hasta treinta años de edad, ambos inclusive.

Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.

Mayores de cuarenta y cinco años de edad.

Personas con discapacidad.

Parados que lleven, al menos, tres meses inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.

Desempleados que, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos.

Desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente.

b) Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010.

c) Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010. Estos contratos podrán ser transformados en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses. Esta duración máxima no será de aplicación a los contratos formativos.

3. El contrato se concertará por tiempo indefinido y se formalizará por escrito, en el modelo que se establezca.

El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la Ley y en los convenios colectivos para

los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de lo dispuesto en los apartados siguientes.

4. Cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada judicialmente improcedente o reconocida como tal por el empresario, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el artículo 56 del mismo texto legal, será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

Si se procediera según lo dispuesto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1.b) de la misma Ley y la señalada en el párrafo anterior.

5. No podrá concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida al que se refiere la presente disposición la empresa que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera extinguido contratos de trabajo por despido reconocido o declarado como improcedente o por despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.

Esta limitación no será de aplicación cuando las extinciones de contratos se hayan producido con anterioridad al 18 de junio de 2010 ni cuando, en el supuesto de despido colectivo, la realización de los contratos a los que se refiere la presente disposición haya sido acordada con los representantes de los trabajadores en el período de consultas previsto en el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores.

6. El Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, procederá a la evaluación de la eficacia de esta disposición y sus efectos en la evolución de la contratación indefinida. Esta evaluación se realizará con anterioridad al 31 de diciembre de 2012.”

CAPÍTULO II

Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo

Artículo 4. Movilidad geográfica.

El apartado 2 del artículo 40 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado en los siguientes términos:

“2. El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a quince días improrrogables, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

La apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir

su representación para la negociación del acuerdo con la empresa a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta; sus acuerdos requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. La designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. En ese caso, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales del sector.

Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado, que se regirá a todos los efectos por lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, la autoridad laboral, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen, podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación a que se refiere el apartado 1 de este artículo y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un periodo de tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 1 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el periodo de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados al ejercicio de la opción prevista en el párrafo cuarto del apartado 1 de este artículo.

El empresario y la representación legal de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo improrrogable señalado para dicho periodo."

Artículo 5. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

El artículo 41 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado como sigue:

"Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

1. La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

2. Se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual.

Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un periodo de noventa días, a un número de trabajadores inferior a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 1. a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales a que se refiere el último párrafo del apartado 2, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

4. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida en todos los casos de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días improrrogables, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta; sus acuerdos requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. La designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. En ese caso, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales del sector.

El empresario y la representación legal de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberán desarrollarse dentro del plazo máximo improrrogable señalado para dicho periodo.

5. Cuando la modificación colectiva se refiera a condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 de este artículo. La interposición del conflicto parali-

zará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el periodo de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo.

6. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley, sean éstos de sector o empresariales, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo entre la empresa y los representantes legales o sindicales de los trabajadores, en cuyo caso se entenderá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso o de las representaciones sindicales que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

En caso de desacuerdo entre las partes, será necesario acudir a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por medio de convenio colectivo o acuerdo interprofesional. Los convenios y acuerdos interprofesionales podrán establecer el compromiso previo de someterse a un arbitraje vinculante para los casos de ausencia de avenencia en la mediación, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 de esta Ley.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa según lo previsto en el apartado 4.

La modificación solo podrá referirse a las materias señaladas en los párrafos b), c), d) y e) del apartado 1 y deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia temporal del convenio colectivo cuya modificación se pretenda.

7. En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley.”

Artículo 6. Contenido de los convenios colectivos.

Uno. Se modifica el apartado 3 del artículo 82 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, quedando redactado en los siguientes términos:

“3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en esta Ley, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.

El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el periodo de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años de duración.

En caso de desacuerdo entre las partes, será necesario acudir a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por medio de convenios o acuerdos interprofesionales. Los convenios o acuerdos interprofesionales podrán establecer el compromiso previo de someterse a un arbitraje vinculante para los casos de ausencia de avenencia en la mediación, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 de esta Ley.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación para la celebración de este acuerdo de empresa a una comisión integrada por un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa; sus acuerdos requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. La designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. En ese caso, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales del sector.”

Dos. La letra c) del apartado 3 del artículo 85 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactada de la siguiente manera:

“c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3.”

Artículo 7. Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado como sigue:

“Artículo 47. Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

1. El contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley y en sus normas de desarrollo, con las siguientes especialidades:

a) El procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

b) El plazo a que se refiere el artículo 51.4, relativo a la duración del periodo de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.

c) La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.

d) La autorización de la medida no generará derecho a indemnización alguna.

2. La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

3. Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.12 de esta Ley y normas reglamentarias de desarrollo.”

Artículo 8. Protección por desempleo y reducción de jornada.

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, queda modificado de la siguiente manera:

Uno. El apartado 2 del artículo 203 queda modificado en los siguientes términos:

“2. El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario.

A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente.”

Dos. El apartado 3 del artículo 203 queda redactado del modo siguiente:

“3. El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un periodo de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el periodo que resta de la vigencia del contrato de trabajo.”

Tres. El apartado 1.3 del artículo 208 queda modificado en los siguientes términos:

“3) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del artículo 203.3.”

Artículo 9. Medidas de apoyo a la reducción de jornada.

La Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, queda modificada como sigue:

Uno. Se adiciona un nuevo apartado 2.bis al artículo 1, del tenor siguiente:

“2.bis. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, el derecho a la bonificación del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, considerado en el apartado 1 anterior, será ampliado hasta el 80 por ciento, cuando la empresa, en los procedimientos de regulación de empleo que hayan concluido con acuerdo, incluya medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados, tales como acciones formativas durante el periodo de suspensión de contratos o de reducción de jornada cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa. Todo ello con los límites y las condiciones establecidos en los apartados anteriores.”

Dos. El apartado 1 del artículo 3 queda redactado en los siguientes términos:

“1. Cuando se autorice a una empresa, en virtud de uno o varios expedientes de regulación de empleo o procedimientos concursales, a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo, y posteriormente se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los contratos, o se extinga el contrato al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas autorizaciones con un límite máximo de 180 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que las resoluciones administrativas o judiciales que autoricen las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive;

b) Que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012.”

CAPÍTULO III Medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas

Artículo 10. Bonificaciones de cuotas por la contratación indefinida.

1. Las empresas que contraten, hasta el 31 de diciembre de 2011, de forma indefinida a trabajadores desempleados entre 16 y 30 años, ambos inclusive, con especiales problemas de empleabilidad, inscritos en la Oficina de Empleo, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, de 800 euros durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario.

A estos efectos, se considerará que tienen especiales problemas de empleabilidad a aquellos jóvenes que lleven inscritos como

desempleados al menos doce meses y que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional.

Cuando estos contratos se realicen con mujeres, las bonificaciones indicadas serán de 1.000 euros o su equivalente diario.

2. Las empresas que contraten, hasta el 31 de diciembre de 2011, de forma indefinida a trabajadores desempleados mayores de 45 años, inscritos en la Oficina de Empleo durante al menos doce meses, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, de 1.200 euros durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario.

Si estos contratos se conciertan con mujeres, las bonificaciones indicadas serán de 1.400 euros o su equivalente diario.

3. Las empresas que, hasta el 31 de diciembre de 2011, transformen en indefinidos contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 500 euros durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario.

En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 700 euros o, en su caso, por su equivalente diario.

4. Será requisito imprescindible para que puedan aplicarse las bonificaciones establecidas en este artículo que las nuevas contrataciones o transformaciones, salvo las referidas a contratos de relevo, supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa.

Para calcular dicho incremento, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación. Se excluirán del cómputo los contratos indefinidos que se hubieran extinguido en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o

gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba.

5. Las empresas que se acojan a estas bonificaciones estarán obligadas a mantener, durante el periodo de duración de la bonificación, el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación indefinida o transformación bonificada.

No se considerará incumplida dicha obligación si se producen extinciones de contratos indefinidos en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba.

En el supuesto de producirse extinciones de contratos indefinidos por otras causas y cuando ello suponga disminución del empleo fijo, las empresas estarán obligadas a cubrir dichas vacantes en el mes siguiente a que se produzcan mediante la contratación de nuevos trabajadores con contrato indefinido o la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos, con la misma jornada de trabajo, al menos, que tuviera el trabajador cuyo contrato indefinido se hubiera extinguido, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

El incumplimiento por parte de las empresas de las obligaciones establecidas en este apartado dará lugar al reintegro de las bonificaciones, de acuerdo con lo dispuesto reglamentariamente.

6. En lo no previsto en esta disposición, será de aplicación lo establecido en la Sección 1.ª del Capítulo I y en la disposición adicional tercera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, salvo lo dispuesto en materia de exclusiones en su artículo 6.2.

7. Los trabajadores contratados al amparo de este artículo serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación profesional.

Artículo 11. Bonificaciones de cuotas en los contratos para la formación.

1. Las empresas que, a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 2011, celebren contratos para

la formación con trabajadores desempleados e inscritos en la oficina de empleo tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una bonificación del cien por cien de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos.

Asimismo, en los contratos para la formación celebrados o prorrogados según lo dispuesto en el párrafo anterior, se bonificará el cien por cien de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas.

Las bonificaciones en este artículo serán aplicables asimismo a los contratos para la formación concertados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley que sean prorrogados entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 2011, durante la vigencia de dichas prórrogas.

2. Para tener derecho a los incentivos establecidos en el párrafo primero del apartado anterior, el contrato para la formación deberá suponer incremento de la plantilla de la empresa. Para el cómputo de dicho incremento, se aplicará lo establecido en el párrafo segundo del artículo 10.4 de este real decreto-ley.

3. En lo no previsto en esta disposición, será de aplicación lo establecido en la Sección 1.ª del Capítulo I y en la disposición adicional tercera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, salvo lo dispuesto en materia de exclusiones en su artículo 6.2.

4. Los trabajadores contratados al amparo de este artículo serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación profesional.

Artículo 12. Contratos formativos.

Uno. El apartado 1 del artículo 11 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se modifica en los siguientes términos:

“1. El contrato de trabajo en prácticas podrá concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los cinco años, o de seis años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados. Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto de este contrato.

b) La duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años, dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas a realizar.

c) Ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad.

Tampoco se podrá estar contratado en prácticas en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a dos años, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad.

A los efectos de este artículo, los títulos de grado y de máster correspondientes a los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación.

No se podrá concertar un contrato en prácticas en base a un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación celebrado anteriormente con la misma empresa.

d) Salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el período de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3.

e) La retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75 por 100 durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

f) Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración de las prácticas a efecto de antigüedad en la empresa.”

Dos. El apartado 2 del artículo 11 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado como sigue:

“2. El contrato para la formación tendrá por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación, y se regirá por las siguientes reglas:

a) Se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veintinueve años que carezcan de la titulación o del certificado de profesionalidad requerido para realizar un contrato en prácticas.

El límite máximo de edad será de veinticuatro años cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller y casas de oficios.

El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo o se trate de personas con discapacidad.

b) Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrá establecer, en función del tamaño de la plantilla, el número máximo de contratos a realizar, así como los puestos de trabajo objeto de este contrato.

Asimismo, los convenios colectivos de empresa podrán establecer el número máximo de contratos a realizar en función del tamaño de la plantilla, en el supuesto de que exista un plan formativo de empresa.

Si los convenios colectivos a que se refieren los párrafos anteriores no determinasen el número máximo de contratos que cada empresa puede realizar en función de su plantilla, dicho número será el determinado reglamentariamente.

c) La duración mínima del contrato será de seis meses y la máxima de dos años. Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrá establecer otras duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo, sin que, en ningún caso, la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años, o a cuatro años cuando el contrato se concierte con una persona con discapacidad, teniendo en cuenta el tipo o grado de discapacidad y las características del proceso formativo a realizar.

d) Expirada la duración máxima del contrato para la formación, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa.

No se podrán celebrar contratos para la formación que tengan por objeto la cualificación para un puesto de trabajo que haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses.

e) El tiempo dedicado a la formación teórica dependerá de las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y del número de horas establecido para el módulo formativo adecuado a dicho puesto u oficio, sin que, en ningún caso, pueda ser inferior al 15 por 100 de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal.

Respetando el límite anterior, los convenios colectivos podrán establecer el tiempo dedicado a la formación teórica y su distribución, estableciendo, en su caso, el régimen de alternancia o concentración del mismo respecto del tiempo de trabajo efectivo.

Cuando el trabajador contratado para la formación no haya finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por objeto inmediato completar dicha educación.

Se entenderá cumplido el requisito de formación teórica cuando el trabajador acredite, mediante certificación de la Administración pública competente, que ha realizado un curso de formación profesional para el empleo adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato. En este caso, la retribución del trabajador se incrementará proporcionalmente al tiempo no dedicado a la formación teórica.

Cuando el trabajador contratado para la formación sea una persona con discapacidad psíquica, la formación teórica podrá sustituirse, total o parcialmente, previo informe de los equipos multiprofesionales de valoración correspondientes, por la realización de procedimientos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral.

Tanto la financiación como la organización e impartición de la formación teórica se regulará en los términos que se establezcan reglamentariamente.

f) El trabajo efectivo que preste el trabajador en la empresa deberá estar relacionado con las tareas propias del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato.

g) La cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación será objeto de acreditación en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en su normativa de desarrollo. Conforme a lo establecido en dicha regulación, el trabajador podrá solicitar de la Administración pública competente la expedición del correspondiente certificado de profesionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, a la finalización del contrato, el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de la

formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida.

h) La retribución del trabajador contratado para la formación será durante el primer año del contrato la fijada en convenio colectivo, sin que pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Durante el segundo año del contrato para la formación, la retribución será la fijada en convenio colectivo, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional, con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica.

i) La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

j) En el supuesto de que el trabajador continuase en la empresa al término del contrato se estará a lo establecido en el apartado 1, párrafo f), de este artículo.

k) El contrato para la formación se presumirá de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad las obligaciones que le correspondan en materia de formación teórica.”

Tres. Se modifica el apartado 3, que queda redactado como sigue:

“3. En la negociación colectiva se podrán fijar criterios y procedimientos tendentes a conseguir la paridad por razón de género en el número de trabajadores vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.”

Cuatro. Se modifica la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, del siguiente modo:

“La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones de aquella, incluido el desempleo.”

Cinco. Se introduce una nueva disposición adicional cuadragésima novena en el texto

refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con la siguiente redacción:

“Disposición adicional cuadragésima novena. Cotización por desempleo en el contrato para la formación y cuantía de la prestación.

La cotización por la contingencia de desempleo en el contrato para la formación se efectuará por la cuota fija resultante de aplicar a la base mínima correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el mismo tipo de cotización y distribución entre empresario y trabajador establecidos para el contrato en prácticas.

Para determinar la base reguladora y la cuantía de la prestación por desempleo se aplicará lo establecido en el artículo 211 de esta Ley.”

CAPÍTULO IV Medidas para la mejora de la intermediación laboral y sobre la actuación de las empresas de trabajo temporal

Artículo 13. Servicios Públicos de Empleo.

Se autoriza al Gobierno para que apruebe, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, una nueva prórroga, hasta el 31 de diciembre de 2012, del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008, referida exclusivamente a la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo y que fue prorrogado por dos años, respecto a esta medida, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2009, según la habilitación conferida por la disposición final primera del Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y protección de las personas desempleadas. Esta medida será de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizará por las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente

asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Respecto de la gestión por las Comunidades Autónomas de esta medida, los créditos correspondientes se distribuirán territorialmente entre dichas administraciones, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Artículo 14. Agencias de colocación. *La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, queda modificada como sigue:*

Uno. El artículo 20 queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 20. Concepto.
1. La intermediación laboral 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 intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades.

2. También se considerará intermediación laboral 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.”

Dos. Se incorpora un artículo 21.bis, que queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 21.bis. Agencias de colocación.

1. A efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, 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.

2. Las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como agencias de colocación deberán obtener autorización del servicio público de empleo competente por razón del domicilio social de la agencia, que será única y con validez en todo el territorio español, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente. El vencimiento del plazo máximo del procedimiento de autorización sin haberse notificado resolución expresa al interesado supondrá la desestimación de la solicitud por silencio administrativo, con el objeto de garantizar una adecuada protección de los trabajadores.

3. Reglamentariamente se regulará un sistema que permita integrar el conjunto de la información proporcionada por las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación autorizadas.

4. En todo caso, sin perjuicio de las obligaciones previstas en este capítulo y de las específicas que se determinen reglamentariamente, las agencias de colocación deberán:

a) Suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas.

b) Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de los colectivos mencionados en el artículo 26, que concluyan con la colocación de aquéllos, en los términos que se determinen reglamentariamente en función de la situación del mercado de trabajo.

c) Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo.

d) Garantizar la aplicación y el cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social.

e) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

5. Las agencias de colocación autorizadas podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción de un convenio de

colaboración con los mismos, con el alcance previsto en las normas de desarrollo de esta Ley y en los propios convenios que se suscriban.”

Tres. Se modifica el artículo 22, que queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 22. Principios básicos de la intermediación laboral.

1. La intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos.

Los servicios públicos de empleo, agencias y entidades señalados en el apartado 1 del artículo anterior deberán respetar en sus actuaciones la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la normativa reguladora al respecto.

2. Con el fin de asegurar el cumplimiento de los citados principios, los servicios públicos de empleo garantizarán que el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo corresponda, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación debidamente autorizadas.

En el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso a que se refiere el párrafo anterior.

3. Los servicios públicos de empleo aumentan la dimensión pública de la intermediación laboral, si bien podrán 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.

4. La intermediación laboral realizada 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 con aquéllos, conforme a lo establecido en este

capítulo, se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores.

La intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo deberá garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos.

5. 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, tendrán exclusivamente la consideración de demandantes de empleo aquéllos que se inscriban como tales en dichos servicios públicos de empleo.”

Cuatro. El artículo 22.bis queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 22.bis. Discriminación en el acceso al empleo.

1. Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo.

Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, aprecien carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta.

2. En particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar.

En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico.”

Artículo 15. Adaptación de la legislación laboral a la regulación de las agencias de colocación.

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado de la siguiente manera:

Uno. El apartado 2 del artículo 16 queda modificado como sigue:

“2. Los Servicios Públicos de Empleo podrán autorizar, en las condiciones que se determinan en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, la existencia de agencias de colocación públicas o privadas. 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 origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Las agencias de colocación en sus actuaciones deberán respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos y deberán garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios.”

Dos. Se añade un apartado 3 al artículo 16, con la siguiente redacción:

“3. La actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas se realizará exclusivamente por empresas de trabajo temporal de acuerdo con su legislación específica.”

Artículo 16. Adaptación de la legislación de Seguridad Social a la regulación de las agencias de colocación.

El apartado 1 del artículo 231 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, queda modificado de la siguiente manera:

“1. Son obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo:

a) Cotizar por la aportación correspondiente a la contingencia de desempleo.

b) Proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones.

c) Participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en

acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que determinen los servicios públicos de empleo, o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por dichas agencias.

d) Renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la Entidad Gestora, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos.

e) Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones.

f) Reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas.

g) Devolver a los servicios públicos de empleo, o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos.

h) Suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad.

i) Buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los servicios públicos de empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción.

Sin perjuicio de la obligación de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los cien primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores."

Artículo 17. Empresas de trabajo temporal.

La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Tem-

poral, queda modificada en los siguientes términos:

Uno. El párrafo b) del artículo 8 queda redactado de la siguiente manera:

"b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos."

Dos. El apartado 1 del artículo 11 queda redactado como sigue:

"1. Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basada en

el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual."

Tres. Se da nueva redacción al apartado 3 del artículo 16 en los términos siguientes:

"3. La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley.

Reglamentariamente se determinará la información que la empresa de trabajo temporal debe suministrar a la empresa usuaria."

Cuatro. Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 17:

"2. Igualmente, tendrán derecho a la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria."

Cinco. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 17 en los siguientes términos:

"3. La empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información."

Seis. Se introduce una disposición adicional segunda, con la siguiente redacción:

"Disposición adicional segunda. Trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 b) de esta Ley, no podrán celebrarse contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad:

a) Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

b) Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.

c) Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

2. Con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, mediante los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal en las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión podrán determinarse, por razones de seguridad y salud en el trabajo, limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Deberán referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas.

b) Habrán de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados.

c) Deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.

3. Desde el 1 de enero de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva conforme a lo señalado en el apartado anterior, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a los siguientes requisitos:

a) La empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención.

b) El trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal.

4. Lo establecido en los convenios o acuerdos colectivos conforme a lo señalado en el apartado 2 se entiende sin perjuicio de las reglas sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación de los convenios colectivos en el título III del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.”

Siete. Se incorpora una nueva disposición adicional cuarta con la siguiente redacción:

“Disposición adicional cuarta. Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal.

A partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.”

Artículo 18. Adaptación de la legislación sobre infracciones y sanciones en el orden social a la regulación de las agencias de colocación y de las empresas de trabajo temporal.

El texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el encabezamiento de la subsección 1.ª de la Sección 3.ª del Capítulo II, que queda redactado como sigue:

“Subsección 1.ª Infracciones de los empresarios, de las agencias de colocación y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional para el empleo.”

Dos. El apartado 1 del artículo 16, infracciones muy graves, queda redactado como sigue:

“1. Ejercer actividades de intermediación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados.”

Tres. El apartado 2 del artículo 16, infracciones muy graves, queda redactado como sigue:

“2. Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión

o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado.”

Cuatro. El apartado 1 del artículo 17 queda redactado como sigue:

“1. Leves.

a) No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos y así se recoja en el convenio de colocación, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada.

b) No devolver en plazo, salvo causa justificada, a los servicios públicos de empleo o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos y así se recoja en el convenio de colocación, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos.”

Cinco. El apartado 2 del artículo 17 queda modificado en los siguientes términos:

“2. Graves: rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o negarse a participar en programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo.

A los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por colocación adecuada la que reúna los requisitos establecidos en el artículo 231.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en aquellos aspectos en los que sea de aplicación a los demandantes de empleo no

solicitantes ni beneficiarios de prestaciones por desempleo.”

Seis. El párrafo b) del artículo 18.3 queda redactado de la siguiente manera:

“b) Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad o la salud en el trabajo determinados legal o convencionalmente.”

Siete. El párrafo b) del artículo 19.3 queda redactado de la siguiente manera:

“c) La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad o la salud en el trabajo determinados legal o convencionalmente, entendiéndose cometida una infracción por cada contrato en tales circunstancias.”

Ocho. El párrafo a) del artículo 24.3 queda redactado de la forma siguiente:

“a) No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada.”

Nueve. El apartado 4 del artículo 25 queda redactado de la siguiente manera:

“4. En el caso de solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial:

a) Rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, salvo causa justificada.

b) Negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo o en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos.

A los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por colocación adecuada y por trabajos de colaboración social, los que reúnan los requisitos establecidos, respectivamente, en el artículo 231.3 y en el artículo 213.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.”

Disposición adicional primera. Negociación colectiva y modalidades contractuales.

1. Lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1.a), del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por este real decreto-ley, se entiende sin perjuicio de lo establecido actualmente en la negociación colectiva de ámbito estatal para adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores.

2. Igualmente se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Disposición adicional segunda. Formación teórica en los contratos para la formación.

1. Sin perjuicio del desarrollo reglamentario al que se alude en el párrafo sexto del artículo 11.2 e) del Estatuto de los Trabajadores, en el marco de la normativa que se dicte en aplicación y desarrollo del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de la formación profesional para el empleo, y en particular de su artículo 27, referido a la formación teórica de los contratos para la formación, el Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo e Inmigración, establecerá procedimientos que flexibilicen y faciliten a los empresarios la impartición de la correspondiente formación teórica a los trabajadores contratados para la formación, especialmente en el supuesto de empresas de hasta 50 trabajadores.

2. En todo caso, las empresas podrán financiarse el coste que les suponga la formación teórica en los términos previstos en el artículo 27.5 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo o norma que lo modifique

o sustituya. Las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social para la financiación de dicho coste serán compatibles con las que estén contempladas para los contratos para la formación en programas de fomento de empleo.

Disposición adicional tercera. Contratos para la formación en los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo.

1. La acción protectora de la Seguridad Social en los contratos para la formación suscritos con alumnos trabajadores en los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo, comprenderá las mismas contingencias, situaciones protegibles y prestaciones que para el resto de trabajadores contratados bajo esta modalidad, tal y como establecen el artículo 11.2 i) del Estatuto de los Trabajadores y la disposición adicional sexta de la Ley General de la Seguridad Social, a excepción del desempleo.

2. Las bonificaciones previstas en el artículo 11 de este real decreto-ley no serán de aplicación a los contratos para la formación suscritos con los alumnos trabajadores participantes en los programas de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo.

Disposición transitoria primera. Régimen aplicable a los contratos por obra o servicio determinados.

Los contratos por obra o servicio determinados concertados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron.

Lo previsto en la redacción dada por este real decreto-ley al artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los contratos por obra o servicio determinados suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor de aquél.

Disposición transitoria segunda. Régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales.

Lo previsto en la redacción dada por este real decreto-ley al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los

contratos de trabajo suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor de aquél.

Respecto a los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el artículo 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Disposición transitoria tercera. Abono de parte de la indemnización por el Fondo de Garantía Salarial en los nuevos contratos de carácter indefinido.

1. En los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será abonada directamente por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año.

2. La indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial. No será de aplicación en este supuesto el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores.

3. El abono procederá siempre que el contrato haya tenido una duración superior a un año y cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa. En los contratos de duración inferior la indemnización establecida legalmente será abonada totalmente y a su cargo por el empresario.

4. A los efectos previstos en esta disposición, el empresario deberá hacer constar en la comunicación escrita al trabajador el salario diario que haya servido para el cálculo de la indemnización a su cargo, en los términos que se determinen reglamentariamente.

5. El abono del 40 por ciento de la indemnización legal en las empresas de menos de 25 trabajadores, para los contratos de carácter

indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, anteriores a la entrada en vigor de este real decreto-ley, se seguirán regiendo por lo dispuesto en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores.

6. El abono de parte de la indemnización a que se refiere esta disposición se financiará con cargo al Fondo de Garantía Salarial.

7. Lo establecido en esta disposición será de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización a que se refiere la disposición final segunda.

Disposición transitoria cuarta. Régimen aplicable a procedimientos y expedientes en tramitación a la entrada en vigor de este real decreto-ley.

1. Los procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, los dirigidos a la inaplicación del régimen salarial establecido en convenio colectivo y los expedientes de regulación de empleo para la extinción de contratos de trabajo que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor de esta real decreto-ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio.

2. Los expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos por la Autoridad laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente.

A los expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, en tramitación a la entrada en vigor de este real decreto-ley, les podrá ser de aplicación el régimen jurídico previsto en el mismo, siempre que se solicite conjuntamente por el empresario y los representantes de los trabajadores y se haga constar esta circunstancia en la resolución de la autoridad laboral.

Disposición transitoria quinta. Normas relativas a la ampliación de la bonificación por mantenimiento del empleo y de la reposición de las prestaciones por desempleo.

1. Las empresas que hayan instado expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos por la Autoridad laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de en-

trada en vigor de este real decreto-ley, podrán beneficiarse de la ampliación del derecho a la bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes a que se refiere el artículo 1.2.bis de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, siempre que se reúnan las condiciones establecidas en el presente real decreto-ley. En todo caso, el incremento de porcentaje de bonificación únicamente podrá aplicarse respecto de las cotizaciones devengadas con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley.

2. A los trabajadores a quienes se hubiera extinguido su contrato de trabajo con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley en los supuestos establecidos en el artículo 3.1 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, y que previamente hubieran sido afectados por expedientes de regulación temporal de suspensión de contratos o de reducción de jornada en los casos referidos en esa disposición, tendrán derecho, en su caso, a la reposición de las prestaciones por desempleo, en los términos y con los límites establecidos en la normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial que autorizó la extinción del contrato.

Disposición transitoria sexta. Bonificaciones y reducciones de cuotas en los contratos vigentes.

Las bonificaciones o reducciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación, salvo lo establecido, en su caso, en el párrafo tercero del artículo 11.1.

Disposición transitoria séptima. Límite de edad de los trabajadores contratados para la formación.

Hasta el 31 de diciembre de 2011 podrán realizarse contratos para la formación con trabajadores menores de veinticinco años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad establecido en el párrafo primero del artículo 11.2.a) del Estatuto de los Trabaja-

dores para la celebración de contratos para la formación.

Disposición transitoria octava. Contratos para la formación anteriores a la entrada en vigor de este real decreto-ley.

Los contratos para la formación vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, así como sus prórrogas, se regirán por la normativa a cuyo amparo se concertaron.

No obstante lo anterior, a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley será aplicable a dichos contratos, cuando sean prorrogados, la cobertura de la contingencia de desempleo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2.i) del Estatuto de los Trabajadores y en las disposiciones adicionales sexta y cuadragésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, así como lo dispuesto, en materia de bonificaciones, en el artículo 11 de este real decreto-ley.

Disposición transitoria novena. Contratos para la formación con trabajadores con discapacidad.

Mientras resulte de aplicación lo establecido en el artículo 11 de este real decreto-ley, las empresas que celebren contratos para la formación con trabajadores con discapacidad podrán aplicar lo establecido en el mismo o bien la reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación que celebren, de acuerdo con la disposición adicional segunda del Estatuto de los Trabajadores.

Disposición transitoria décima. Agencias de colocación sin ánimo de lucro autorizadas.

Las actuales agencias de colocación autorizadas de acuerdo con el Real Decreto 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, dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de las disposiciones de desarrollo de este real decreto-ley, para adecuarse a la nueva regulación de las agencias de colocación y solicitar la correspondiente autorización, conforme al artículo 21.bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de

Empleo. Una vez superado el citado plazo, las empresas o entidades que no cuenten con la citada autorización no podrán continuar desarrollando estas actividades.

Disposición derogatoria única. Alcance de la derogación normativa.

1. Quedan derogadas expresamente las siguientes disposiciones:

a) De la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, los apartados 1 y 6 del artículo 2, el artículo 3 y el párrafo tercero del artículo 7.1.

b) De la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, el artículo 5.

2. Se derogan cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto-ley.

Disposición final primera. Fundamento constitucional.

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.7.^ª y en el artículo 149.1.17.^ª de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre las materias de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, y de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas, respectivamente.

Disposición final segunda. Fondo de capitalización.

El Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de

actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo.

El Fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012.

Disposición final tercera. Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo.

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado de la siguiente manera:

Uno. El apartado 2 del artículo 23 queda redactado de la siguiente manera:

“2. En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo.”

Dos. La letra d) del artículo 52 queda redactada en los siguientes términos:

“d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos periodos de tiempo.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.”

Disposición final cuarta. Evaluación de las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas des- empleadas.

El Gobierno evaluará con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 el funcionamiento de las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas establecidas en los artículos 10 y 11 de este real decreto-ley.

A la vista de dicha evaluación, y en función de la evolución del empleo durante 2010 y 2011, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, adoptará las medidas que correspondan sobre su prórroga o modificación.

Disposición final quinta. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.

Mediante este real decreto-ley se incorpora al derecho español la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Disposición final sexta. Evaluación de la siniestralidad de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo deberá incorporar en sus informes periódicos sobre evolución de la siniestralidad datos específicos que permitan conocer la evolución de la siniestralidad laboral en los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizados por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal conforme a lo establecido en el artículo 8 b) y en la disposición adicional segunda de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

Disposición final séptima. Facultades de desarrollo.

1. El Gobierno y el Ministro de Trabajo e Inmigración, en el ámbito de sus competencias, dictarán las disposiciones necesarias para la ejecución de lo establecido en este real decreto-ley, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

2. Se autoriza al Ministro de Trabajo e Inmigración a adaptar los métodos de cómputo del incremento y mantenimiento del empleo a que se refieren los artículos 10 y 11 de este real decreto-ley en función de los requerimientos técnicos de los sistemas informáticos de la Tesorería General de la Seguridad Social y de los servicios públicos de empleo.

3. En un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este real decreto-ley el Gobierno elaborará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, las disposiciones necesarias para desarrollar lo establecido en aquél en materia de agencias de colocación.

Disposición final octava. Entrada en vigor.

1. El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

2. Las disposiciones sobre agencias de colocación establecidas en el Capítulo IV de este real decreto-ley no serán de aplicación hasta tanto no entre en vigor la normativa de desarrollo a que se refiere la disposición final séptima, apartado 3.

Dado en Madrid, el 16 de junio de 2010.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

otras novedades legislativas

Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo..... (ToI 1862703)

Orden TIN/1448/2010, de 2 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido ... (ToI 1853298)

Orden PRE/1516/2010, de 8 de junio, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se desarrolla el apartado tres del artículo 54 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales (ToI 1862706)

Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, por la que se regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ToI 1859364)

**novedades
bibliográficas**



Privado

Pactos Matrimoniales en previsión de ruptura	(Tol 1862662)
La dignidad de las Personas con Discapacidad	(Tol 1862657)
Código sobre Consumo	(Tol 1862689)
Plan General de Contabilidad Pública	(Tol 1862693)
El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras	(Tol 1862696)
Conceptos básicos de Derecho procesal civil	(Tol 1862677)
Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional	(Tol 1862676)
"T. IV. Vol. 2-A. Comentario régimen legal sociedades mercantiles. Las Acciones"	
"Teoría general de las obligaciones"	
"Todo Sucesiones 2010"	
"Tratado del Usufructo"	
"Viviendas de Protección Oficial. Legislación General, Autonómica y Comunitaria"	
"Principales normas procesales actualizadas conforme a la reforma operada por la Ley 13/2009 y LO 1/2009"	
"Procedimientos simplificados de fusión de sociedades"	
"Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado positivo de una votación"	
"Propiedad intelectual y medicamentos"	
"Protección de datos de carácter personal"	

Laboral

El sindicalismo vertical	(Tol 1862671)
La negociación colectiva ante la crisis económica	(Tol 1862675)
Mercado laboral sostenible 2020 y responsabilidad social	(Tol 1862668)
Los plazos en el proceso de despido disciplinario	(Tol 1862655)
La prevención de riesgos de la mujer embarazada	(Tol 1862690)
"Todo Prevención de Riesgos Laborales 2010"	
"Todo Extinción del contrato de trabajo"	
"Todo contratación laboral 2010"	
"Talleres prácticos Derecho del trabajo y de la Seguridad Social"	
"Resolución del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y procedimiento concursal"	
"Reglamento General Sobre Colaboración en la Gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la SS"	
"Régimenes especiales de la Seguridad Social"	
"Régimen Profesional, Derechos Colectivos y Seguridad Social del Trabajador Autónomo Tras la ley 20/2007, de 11 de Julio, del est"	
"Quince años de reformas jurídicas (1993-2008)"	
"Manual de Seguridad Hospitalaria"	
"Manual para el técnico en prevención de riesgos laborales 2 tomos"	
"Manual para la formación del auditor en prevención de riesgos laborales"	
"Manual para la formación en Prevención de Riesgos Laborales Curso básico"	
"Memento Experto Jurisprudencia y Grandes Cuestiones Laborales"	
"Mercado laboral sostenible 2020 y responsabilidad social"	

Financiero

Blanqueo y ant blanqueo de Capitales	(Tol 1862654)
Leyes tributarias Recopilación normativa	(Tol 1862683)
Manual de OPAS	(Tol 1862685)
Leyes Tributarias	(Tol 1862680)
"2000 Soluciones Fiscales"	
"Vademécum Fiscal"	
"Tributación de las operaciones vinculadas y su documentación. Ejemplos prácticos"	
"Tratado de la Ley General Tributaria (2 Tomos)"	
"Todo Transmisiones 2010"	
"Temas prácticos de derecho tributario"	
"Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas. Normativa 2010"	
"Respuestas Memento 1000 Preguntas sobre IVA"	
"Repertorio de legislación tributaria Tomo 21 + Índices Tomos 1 a 21"	

Público

Diversidad, derechos fundamentales y federalismo	(Tol 1862659)
Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad	(Tol 1862664)
La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos	(Tol 1862661)
El régimen jurídico del patrimonio de las entidades locales	(Tol 1862673)
Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el derecho público	(Tol 1862660)
Teoría e ideología de la interpretación constitucional	(Tol 1862670)
Régimen disciplinario de la Guardia Civil	(Tol 1862665)
El régimen jurídico de la restauración del patrimonio cultural	(Tol 1862672)
"1000 Preguntas sobre Urbanismo"	
"Contratos del sector público"	
"Construyendo el Derecho a la Vivienda"	
"Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia"	
"Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"	
"Comentario a la ley de Protección de Datos"	
"Civismo y convivencia municipal"	
"Derechos Fundamentales de los extranjeros en España"	
"Directiva de Servicios y Normativa de Transposición"	
"El derecho constitucional a una vivienda digna"	