



Tribuna
Protección penal de los trabajadores extranjeros

7



Tribuna
La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar

11

sumario

- **Doctrina**
 - Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea
Patricia FARALDO CABANA 1
- **Tribuna**
 - Protección penal de los trabajadores extranjeros
Beatriz ORDUNA NAVARRO 7
 - La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor
Victor MORENO VELASCO 11
- **Jurisprudencia**
 - Concurso ideal entre lesiones dolosas e imprudentes 13
 - Exoneración de intereses moratorios a la aseguradora de una conductora 13
 - Exención de responsabilidad a los administradores que incumplieron su deber de promover la disolución de la sociedad 14
 - Rechazo del cese cautelar de la exposición de obras de arte a través de la web del Museo Guggenheim de Bilbao 15
 - Aplicación inmediata del Real Decreto Ley 3/2012 que elimina los salarios de tramitación en caso de no readmisión 16

DOCTRINA

LA LEY 4074/2012

Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho Penal español (1)

Patricia FARALDO CABANA
Catedrática de Derecho Penal
Universidade da Coruña

La reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el Código Penal de 1995 ha supuesto la introducción en este texto del delito de piratería (art. 616 ter CP), que se ha justificado «en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea». Sin embargo, en lo que se refiere a la piratería aérea no era una previsión estrictamente necesaria. En efecto, la vigencia de los delitos de apoderamiento ilícito de aeronaves previstos en la Ley 209/1964, de 22 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, plantea difíciles problemas concursales que se abordan en este trabajo.

del Código Penal de 1944/1973, vigentes hasta 1995, donde se tipificaba tanto la piratería marítima como la aérea. En la doctrina se apuntaba que estos preceptos eran «letra muerta» (2), habiendo «carecido de práctica aplicación» (3) sobre la base de la prevalencia, en razón de la especialidad formal, del delito de piratería marítima durante años recogido en la *Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante*, de 22 de diciembre de 1955 (en adelante, LPDMM), que fue derogada por la *Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante* (en adelante, LPEMM), y de los delitos de apoderamiento ilícito de aeronaves previstos en la *Ley 209/1964, de 22 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea* (en adelante, LPPNA), hoy aún en vigor. De hecho, el que todavía esté vigente la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea plantea difíciles problemas concursales. Y es que una vez que ha entrado en vigor la reforma operada por la LO 5/2010 conviven en el ordenamiento jurídico español tres preceptos dedicados a la regulación de la piratería aérea. Por un lado, el art. 616 ter CP, primero del Capítulo V, dedicado al «Delito de piratería», del Título XXIV, «Delitos contra la comunidad internacional», del Libro II del Código Penal tipifica conjuntamente la piratería marítima y la aérea, puesto que castiga a «el que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas». Por otro lado, con los arts. 39 y 40 LPPNA se inicia el Capítulo III, dedicado a los «Delitos contra el derecho de gentes», del Título II de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea. El art. 39 LPPNA castiga a «el que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, en circunstancias

I. INTRODUCCIÓN

La reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el Código Penal de 1995 ha supuesto la introducción en este texto del delito de piratería (art. 616 ter CP), que se ha justificado «en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea» (apartado XXX del preámbulo). Sin embargo, no era una previsión novedosa y, al menos en lo que se refiere a la piratería aérea, tampoco era estrictamente necesaria. Antes de 1995 la piratería estuvo regulada en los arts. 138 y 139



Tribunal Supremo

la sentencia del día

Responsabilidad civil subsidiaria de la empresa por los delitos de estafa y falsedad documental cometidos por su director general

Ponente: *Seijas Quintana, José Antonio.*

6

OPINIÓN

La reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el Código Penal de 1995 ha supuesto la introducción en este texto del delito de piratería (art. 616 ter CP), que se ha justificado «en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea» (apartado XXX del preámbulo). Sin embargo, no era una previsión novedosa y, al menos en lo que se refiere a la piratería aérea, tampoco era estrictamente necesaria. En efecto, la vigencia de los delitos de apoderamiento ilícito de aeronaves previstos en los arts. 39 y 40 de la Ley 209/1964, de 22 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, plantea difíciles problemas concursales. Y es que hoy en día conviven en el ordenamiento jurídico español tres preceptos dedicados a la regulación del fenómeno de la piratería aérea. ¿Cuándo es aplicable el Código Penal y cuándo la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea? ¿En qué se diferencian los delitos tipificados en los arts. 39 y 40 LPPNA? En este trabajo se parte de que existen elementos distintivos entre las tres figuras delictivas, siendo el más importante el que el art. 39 LPPNA exige que el hecho se realice «en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado». Con todo, hay un núcleo de conductas que encajan en los tres preceptos, pudiendo el juez o Tribunal elegir el que asigne la pena más grave, pues la regla que rige los concursos de normas entre el Código Penal y la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea es la alternatividad o consunción impropia, según dispone el art. 3 LPPNA.



de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado, será castigado con la pena de reclusión mayor. La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo: 1. Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro. 2. Si se hubiere dejado a alguna persona sin medios de salvarse». Por su parte, el art. 40 LPPNA dispone que «serán castigados con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, según los casos: 1. Los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento. 2. Los que desde el aire, tierra o mar, y por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave, con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo». Como veremos, el nuevo artículo introducido en el Código Penal presenta dificultades de delimitación en relación con los delitos tipificados en los arts. 39 y 40 LPPNA. De hecho, es de lamentar que no se haya aprovechado la introducción del delito de piratería en el Código Penal para derogar los de apoderamiento ilícito de aeronaves previstos en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (4), procediendo así a modernizar esta vetusta regulación (5).

En cuanto a la terminología empleada para designar los delitos de los que nos vamos a ocupar a continuación, téngase presente que si bien «piratería marítima» es un término consolidado, no ocurre lo mismo con «piratería aérea». De hecho, en los medios de comunicación se han venido utilizando las expresiones «secuestro de aeronaves» o «piratería aérea» para referirse a lo que en la doctrina (6) y en los convenios y tratados internacionales se denomina «apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo», pese a que ya en 1931 la Asociación de Derecho Penal Internacional afirmaba que «la asimilación de la aeronave al barco debe *mutatis mutandis* ser aceptada», y por tanto proponía admitir la terminología «piratería aérea» (7). Aquí vamos a utilizar la expresión «piratería aérea» para referirnos a la conducta recogida en el Código Penal y «apoderamiento ilícito de aeronaves» para referirnos a la normativa internacional y a la conducta tipificada en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

II. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA PIRATERÍA Y EL APODERAMIENTO ILÍCITO DE AERONAVES

La piratería constituye una de las violaciones más graves del Derecho

de Gentes (8), así como un atentado también muy grave contra la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, principio fundamental del Derecho Marítimo y Aeronáutico. Por ello, figuras similares se contemplan en todos los convenios y acuerdos internacionales sobre la materia.

Así, es una referencia obligada la *Convención de Ginebra sobre la Alta Mar* de 29 de abril de 1958, ratificada por Instrumento de 25 de febrero de 1971, que establece en su art. 15 lo que se entiende por piratería, incluyendo tanto la marítima como la aérea, en los siguientes términos: «Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación: 1. Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido: a) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos. b) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado. 2. Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata. 3. Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionadamente a cometer los actos definidos en los párrafos 1 y 2 de este artículo». En el mismo sentido se manifiesta la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada por Instrumento de 20 de diciembre de 1996, cuyo art. 101 define la piratería como: «a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos. ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado. b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata. c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o el apartado b) o facilitarlos intencionalmente». Otros instrumentos internacionales, como el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988, ratificado por Instrumento de 15 de junio de 1989, también recogen actos ilícitos contra buques y los bienes y personas a bordo.

En referencia exclusivamente al ámbito aeronáutico, el *Convenio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves*, hecho en Tokio el 14 de septiembre de 1963, ratificado por Instrumento de 25 de diciembre de 1969, en su art. 11.1 considera que existe apoderamiento ilícito de aeronaves «cuando, mediante violencia o intimidación, una persona cometa a bordo cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo». Por su parte, el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, adoptado por la Conferencia de La Haya de 16 de diciembre de 1970, ratificado por Instrumento de 6 de octubre de 1972, dispone en su art. 1 que «comete un delito toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo: a) Ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos. b) Sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos». También han de recordarse el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil* hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, ratificado por Instrumento de 6 de octubre de 1972, y el *Protocolo sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental*, hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, que complementa este último Convenio.

Esta amplia producción normativa internacional se justifica no solo por la gravedad en sí de las conductas que se pretenden reprimir, sino sobre todo por las particulares connotaciones supranacionales que se presentan muchas veces en la práctica. Los instrumentos internacionales no hacen referencia alguna a la obligación de los Estados parte de reprimir la piratería cometida en el territorio del Estado, sino, justamente, la cometida en alta mar, en el espacio aéreo sobre alta mar y en general en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado. De hecho, tanto el art. 19 de la Convención de Ginebra sobre la alta mar como el art. 105 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar llegan hasta el punto de permitir el apresamiento en alta mar o cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado de un buque o una aeronave pirata o de un buque o una aeronave capturados como consecuencia de actos de piratería que estén en poder de piratas, detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo, pudiendo decidir los Tribunales del Estado que haya decidido el apresamiento las penas

que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (9). El hecho de que la conducta se lleve a cabo en alta mar o en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado es lo que justifica que se trate de un delito internacional (10).

Tanto la piratería marítima como el apoderamiento ilícito de aeronaves son delitos de naturaleza común, salvo que las motivaciones que tenga el autor, en numerosos casos de índole política, justifiquen la aplicación de los delitos de terrorismo. La importancia de esta calificación no puede ser desdenada, pues sus efectos se extienden desde la duración de la detención de los presuntos culpables a la posibilidad de que las víctimas se acojan a la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo.

Si la conducta se realiza por un militar que actúa desde un buque o una aeronave de guerra sin respetar las normas del Derecho de Guerra no se considera piratería, sino infracción de los usos y normas del Derecho de Guerra (11), debiendo ser juzgada, al menos en España, de conformidad con el Código Penal Militar (12). Por el contrario, si la conducta es realizada por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado el tratamiento es el propio de la piratería, pues se asimila a la llevada a cabo desde un buque o aeronave privados (*vid.*, el art. 102 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar).

III. DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA LEY PENAL Y PROCESAL DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

En el Código Penal el delito de piratería se caracteriza por el apoderamiento, daño o destrucción de una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar con violencia, intimidación o engaño, o en el atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallen a bordo. Como se puede observar, el objeto material puede ser tanto una aeronave como un buque, embarcación o plataforma, incluyendo el cargamento y los bienes a bordo, y el sujeto pasivo contra el que se realiza el atentado, que son las personas que se encuentran a bordo. Nada se especifica en relación con las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha de realizar la conducta. En la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, por su parte, el delito de apode-

ramiento ilícito de aeronaves concentra su especificidad en su objeto material, la aeronave, incluyendo el cargamento o los bienes que se encuentren a bordo, y en el sujeto pasivo contra el que va dirigido el atentado, es decir, las personas que se encuentren a bordo, así como en las concretas conductas típicas que lo configuran, debiendo emplearse violencia o intimidación. Estos elementos, a los que se añade la exigencia de que la aeronave se encuentre en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección del Estado, caracterizan el delito recogido en el art. 39 LPPNA. Por su parte, el art. 40 LPPNA castiga actos de apoderamiento ilícito de aeronaves por parte de quienes viajan a bordo, sin especificar circunstancias de tiempo o lugar, así como actos que provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave, con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo. De esta forma, en lo que respecta al apoderamiento ilícito de aeronaves o piratería aérea confluyen tres delitos distintos, castigados con penas también distintas. ¿Cuándo es aplicable el Código Penal y cuándo la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea? ¿En qué se diferencian los delitos tipificados en los arts. 39 y 40 LPPNA?

En primer lugar, hay que señalar que en el caso de tratarse de piratería marítima el único precepto aplicable es el art. 616 ter CP.

En segundo lugar, hay un grupo de elementos comunes a los delitos de piratería y de apoderamiento ilícito de aeronaves. Así, ambas figuras se caracterizan por afectar a una aeronave. La aeronave se define en el art. 11 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (en adelante, LNA) como «toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores». Como cabe observar, se opta por un concepto muy amplio que permite incluir todo aparato que pueda circular por el espacio aéreo cualquiera que sea el procedimiento utilizado, siempre que sea apto para el transporte de personas o cosas (13): desde globos y dirigibles a aviones, avionetas y helicópteros de todo tipo.

Además, coinciden en describir la conducta típica como apoderarse (art. 616 ter CP y 39 LPPNA) o dañar (art. 616 ter CP y 40.2 LPPNA), no siendo la destrucción más que una modalidad de los daños, o alternativamente atentar contra las personas o cosas a bordo (art. 616 ter CP y 40.2 LPPNA). En cuanto al verbo típico «apoderarse», hay que preguntarse si ha de ser interpretado en el mismo senti-

do que en el art. 237 CP, esto es, como desplazamiento físico de la cosa mueble desde la esfera del patrimonio del sujeto pasivo hasta la del sujeto activo (14). Obsérvese que la acción de apoderarse puede recaer tanto sobre la aeronave en su conjunto como sobre las personas o cosas que se encuentren a bordo. Si se entiende en este sentido, hubiera sido preferible limitar el apoderamiento a la aeronave y los bienes, utilizando otro verbo, como detener o privar de libertad, para referirse a las personas. Es mejor prescindir de esta interpretación procedente de los delitos patrimoniales y entender aquí el término en el sentido de que incluye todo tipo de actos dirigidos a tomar el control de la aeronave y, por tanto, de las personas y cosas que viajan a bordo, desposeyendo a la tripulación, y en especial al comandante, de la posibilidad de seguir adoptando las decisiones relativas a la ruta, aunque continúen, como es obvio, ejerciendo sus funciones técnicas y operativas bajo control del delincuente. «Dañar» se ha de entender en el mismo sentido que en los delitos de daños, esto es, de forma que se incluya tanto la destrucción o total inutilización de la cosa como su deterioro o menoscabo. Por último, ¿qué debemos entender por «atentar»? Parece razonable que sea causar la muerte de las personas y/o la destrucción de los bienes que se encuentran a bordo. Ahora bien, en tal caso resulta un contrasentido hablar de «apoderamiento ilícito de aeronaves» porque el autor no pretende tomar el control de la aeronave. Si se persigue subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública se aplican los delitos de terrorismo. Recordemos que existe delito de terrorismo cuando se cometen delitos de estragos e incendios o se atenta contra las personas perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas (art. 572 CP), pero también cuando sin pertenecer a organización o grupo terrorista, pero con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, se cometen delitos de homicidios, lesiones, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas o se lleven a cabo delitos de incendios, estragos, daños, etc. (art. 577 CP). En caso de que no se pueda probar la finalidad terrorista se aplican los delitos comunes de homicidio, lesiones, daños, estragos, incendios, etc., en concurso con el de piratería o apoderamiento ilícito de aeronaves.

Igualmente es un elemento común a las dos regulaciones la exigencia de violencia o intimidación. Estos conceptos están perfectamente delimitados en la

doctrina y la jurisprudencia. Se entiende por violencia la utilización de fuerza física contra las personas. ¿Cabe incluir también en la violencia la fuerza ejercida sobre las cosas? Parece preferible entender que en este caso se trata de un mecanismo de intimidación sobre las personas. Se puede alegar en contra que el precepto no exige que la violencia sea personal, pero tampoco lo exige en otros delitos donde, no obstante, se entiende unánimemente que la violencia ha de emplearse directamente sobre el cuerpo de la víctima. Basta probar la existencia de una violencia idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo de la acción, para lo que se valorarán todas las circunstancias concurrentes, tanto subjetivas (edad, constitución física) como objetivas (lugar, momento). La violencia puede recaer sobre un tercero que se encuentra fuera de la aeronave, siempre que se ejerza para conseguir apoderarse de ésta (15). Por intimidación se entiende la causación de temor o miedo en la víctima. Ha de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia, teniendo en cuenta que la amenaza de violencia durante la navegación aérea puede hacer irresistibles ciertos actos intimidatorios que en otra situación no lo serían (16). Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad son las notas que debe reunir la causa que genere la intimidación: ni las amenazas de males futuros alejados en el tiempo ni las de males de entidad insuficiente (siempre con la prevención anterior) bastan para entender cumplido este requisito. Esto supone que el mal con el que se amenaza ha de ser un mal injusto. Puede tratarse de un mal de imposible ejecución, siempre que ello no sea evidente para los destinatarios de la amenaza, como cuando se amenaza hacer explotar un artefacto simulado (17).

Dicho esto, quedan por analizar los elementos que permiten delimitar los ámbitos de aplicación del delito de piratería aérea contenido en el art. 616 ter CP y de apoderamiento ilícito de aeronaves previstos en los arts. 39 y 40 LPPNA.

Así, hay que tener presente que si el apoderamiento, daño o atentado se lleva a cabo mediante engaño no se aplican los arts. 39 y 40 LPPNA, que no aluden a esta modalidad de acción, sino en todo caso el art. 616 ter CP.

Pero el elemento distintivo más importante no es éste, sino las circunstancias de lugar o tiempo en que se ha de realizar la acción para aplicar el Código Penal o la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea. Y es que frente a los arts. 616 ter CP y 40 LPPNA, con los que coincide a rasgos generales en la descripción de la conducta típica (sal-

vo la alusión al engaño que se hace en el Código Penal), y que nada dicen al respecto, el art. 39 LPPNA se caracteriza por que el hecho se ha de realizar «en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado». Un sector doctrinal identifica esta expresión con la necesidad de que el delito se cometa «en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado», terminología habitualmente utilizada en la normativa internacional, que sería fundamentalmente el espacio aéreo sobre el alta mar y los polos (18). Otros autores entienden que lo relevante es que la aeronave se encuentre en servicio, situación que se inicia «desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo hasta veinticuatro horas después de cualquier aterrizaje», según dispone el art. 2.a) del Convenio de Montreal (19). Por último, según otro sector doctrinal (20), apoyado por la STS 762/1996, de 25 de octubre, se considera sustraída a la protección y control de cualquier Estado a la aeronave se halle en vuelo. El art. 11.4 LPPNA define cuándo una aeronave se halla en vuelo: «Se entenderá que la navegación aérea comienza en el momento que una aeronave se pone en movimiento con su propia fuerza motriz para emprender el vuelo y termina, cuando, realizado el aterrizaje, queda aquélla inmovilizada y son parados sus motores». Esta definición no coincide con la utilizada en los convenios internacionales. Así, por ejemplo, el art. 5.2 del Convenio de Tokio señala que «se considerará a los fines del presente capítulo, que una aeronave se encuentre en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque y el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque». En igual sentido se manifiesta el art. 3 del Convenio de La Haya y el art. 2.a) del Convenio de Montreal. Con independencia de esta discrepancia, que podría ser relevante en los casos de cierre de puertas sin iniciar todavía el movimiento autopropulsado, y pese a la postura del Tribunal Supremo, lo que en mi opinión resulta relevante a los efectos del delito que nos ocupa es que el apoderamiento se produzca en circunstancias tales que resulte imposible que el Estado proteja la aeronave, lo que sucede cuando ésta se encuentra volando sobre alta mar o lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado, entre los que cabe incluir el espacio aéreo sobre la zona económica exclusiva (21).

De esta manera, cuando los hechos se realicen en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado se puede aplicar el art. 39 LPPNA, no por especialidad, como podría pensarse, sino por alternatividad o consunción impropia,

según dispone el art. 3 LPPNA, de acuerdo con el cual «cuando los hechos perseguidos sean susceptibles de calificación con arreglo a dos o más preceptos de esta Ley o de otras, el Tribunal podrá aplicar aquel que asigne mayor pena al delito o falta cometidos». Puede llamar la atención que en lugar de optar por la primera de las reglas de resolución que el art. 8 CP contiene, especialidad, se acoja únicamente la núm. 4, alternatividad, consunción o subsidiariedad relativa o impropia, pero ello se explica por la fecha de aprobación de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea. Cuando entró en vigor estaba vigente el Código Penal de 1944/1973, cuyo art. 68 CP preveía también como única regla de solución del concurso de Leyes entre preceptos contenidos en el Código Penal la de alternatividad, consunción o subsidiariedad impropia. De esta forma, al menos en principio, solo se aplican los delitos contenidos en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea cuando el hecho no está previsto en el Código Penal o estando allí previsto se encuentra sancionado con pena inferior, como es el caso de la conducta que nos ocupa.

Pero si los hechos se realizan en lugar sometido a la jurisdicción estatal hay que plantearse de nuevo si aplicar el art. 616 ter CP o el art. 40 LPPNA. Un rasgo distintivo entre ambos delitos podría radicar en la exigencia en el art. 40.1 LPPNA de que los que se apoderan de la aeronave vuelen en ella (22), cosa que, en principio, no se menciona ni en el art. 616 ter CP ni en el art. 39 LPPNA. En efecto, en el art. 40 LPPNA el autor ha de viajar dentro de la aeronave de la que pretende apoderarse, pues el delito alude a quienes se apoderan de la aeronave «en que vuelen», mientras que en los otros dos preceptos citados no es necesario que se encuentren a bordo de dicha aeronave, sino que, por ejemplo, pueden estar a bordo de otra con la que amenazan derribar a la que es su objetivo para obligar al comandante a cambiar de rumbo o aterrizar (23). Sin embargo, dado que el art. 616 ter CP nada dice al respecto, también este delito permite castigar a quienes, estando a bordo, realizan la conducta típica. Por ello, en estos supuestos se produce un concurso de normas, pudiendo en tal caso el juez o Tribunal optar por el delito más gravemente penado (art. 3 LPPNA), que es el previsto en la legislación especial (24). La única salvedad estaría constituida por el caso en que del complejo concursal integrado por el delito de piratería y los otros delitos eventualmente cometidos resulte una pena superior (25).

Una última diferencia entre los delitos contenidos en el Código Penal y en la Ley Penal y Procesal de la Navegación

Aérea radica en la regulación de los concursos con los delitos cometidos en el transcurso de la acción típica de piratería o apoderamiento ilícito de la aeronave. Tratándose del apoderamiento ilícito de aeronaves se produce un concurso ideal con los delitos que abarquen los eventuales resultados lesivos ocasionados para conseguir el apoderamiento, como los delitos contra la vida o salud de las personas, de daños o estragos sobre las cosas, etc., salvo que sean de escasa entidad, en cuyo caso parece más razonable un concurso de normas (26). Ni los delitos de apoderamiento patrimonial ni los delitos contra la libertad se pueden castigar separadamente, pues precisamente en eso consiste el apoderamiento ilícito de aeronaves. Aquí no está prevista una cláusula concursal similar a la que contiene el segundo párrafo del art. 616 ter CP, que consiente la aplicación de un concurso real de delitos entre el de piratería y los concretos delitos cometidos (27). La destrucción de las cosas, sin embargo, no está incluida, como tampoco otro tipo de ataques que se puedan producir una vez consumado el apoderamiento, como homicidios o atentados contra la libertad sexual de algún pasajero, por ejemplo. En estos casos habrá de apreciarse un concurso real con el delito de apoderamiento ilícito de aeronaves.

Para finalizar, hay que reconocer que resulta lamentable que de acuerdo con el Código Penal se puedan calificar de piratería hechos que, en principio, no merecen tan elevada sanción, como el robo de una embarcación o los daños causados a una avioneta privada aparcada en el aeropuerto (28). Ello es debido a la defectuosa traslación a nuestro Derecho interno de la definición de piratería con que se opera en el Derecho internacional. La legislación especial es bastante más restrictiva, pues o exige que el hecho se cometa en circunstancias de lugar y tiempo que impidan la protección por parte del Estado (art. 39 LPPNA) o bien que el apoderamiento se produzca durante el vuelo (art. 40.1 LPPNA), elementos que permiten justificar mejor la elevada pena prevista para estas conductas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AWNER, H., RIVAS, R., *La llamada «piratería aérea» en el Derecho internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.
- CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal. Tomo III [arts. 120-340 bis c]*, Ariel, Barcelona, 1978.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Legislación penal especial», en LUZÓN PEÑA, D.-M. (dir.), *Enciclopedia*

Penal Básica, Comares, Granada, 2002, págs. 867-876.

- «Piratería», en LUZÓN PEÑA, D.-M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, págs. 1.017-1.022.

— FAKHOURI GÓMEZ, Y., LLOBET ANGLÍ, M., «Delitos contra la comunidad internacional y piratería», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, LA LEY, Madrid, 2011, págs. 725-748.

— FERNÁNDEZ DOTÚ, P. J., «El derecho de presa en la guerra marítima (arts. 71 y 74.2)», en BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 847-862.

— FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Consideraciones jurídico penales acerca de la piratería marítima», *Revista de Derecho Penal*, núm. 26, 2009, págs. 93-120.

- «Delito de piratería», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 545-550.

— GARCÍA ALFARAZ, A. I., «Apuntes para una reflexión del delito de la piratería marítima», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., y otros (coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, págs. 201-245.

— GARCÍA ARIAS, L., «La piratería como delito del Derecho de Gentes», en AA. VV., *Estudios de Derecho Internacional Marítimo*, Zaragoza, 1963, págs. 29-65.

— JUANES PECES, A., «Competencia de la Audiencia Nacional en los delitos de piratería», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (coord.), *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 237-244.

— MAPELLI LÓPEZ, E., *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Tecnos, Madrid, 1973.

— MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., «Cuestiones jurídicas sobre piratería en la mar», *Revista General de Marina*, Vol. 256, marzo 2009, págs. 229-250.

— MARTOS NÚÑEZ, J., «Piratería», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIX*, Seix, Barcelona, págs. 759-780.

— MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

— PARADA VÁZQUEZ, J. D., *La Relación Jurídica Aeronáutica*, Cedecs, Barcelona, 1998.

— PORTILLA CONTRERAS, G., «Delito de piratería», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 389-393.

— RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 17.ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

— RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «El delito de piratería», *ADPCP*, 1997, págs. 211-261.

— RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional», *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 73, 2009, disponible en la página web http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari73-2009.

— SÁINZ CANTERO, J. A., «Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves», en AA. VV., *Ciclo de conferencias sobre cuestiones jurídicas de actualidad*, Caja de Ahorros del Sureste de España, Murcia, 1971, págs. 53-75.

— SIERRA NOGUERO, E., «Régimen jurídico de la prevención y enjuiciamiento de la piratería marítima», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 4, 2010, págs. 39-66.

— SOBRINO HEREDIA, J. M., «La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009, págs. 1-4, disponible en la página web www.reei.org.

— «El uso de la fuerza en la prevención y persecución de la piratería marítima frente a las costas de Somalia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Univer-*

sidade da Coruña, núm. 15, 2011, págs. 235-260.

— TAMARIT SUMALLA, J. M., «art. 616 ter», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (arts. 234 a DF. 7.ª)*, 6.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 1.841-1.844.

— TAPIA SALINAS, L., «La política aérea internacional y la "piratería aérea"», *Revista de Política Internacional*, núm. 150, 1977, págs. 97-110.

— VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Leyes complementarias del Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011. ■

NOTAS

(1) Este trabajo ha sido posible gracias a los proyectos de investigación «Medidas alternativas a la privación de libertad» (código 10PXIB101082PR) financiado por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, y «Consolidación de las medidas alternativas a la privación de libertad en el sistema penal español: riesgos y beneficios» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, otorgados al equipo investigador que dirijo.

(2) JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «El delito de piratería acompañado de asesinato, homicidio o lesiones (art. 139, pfo. 2.º)», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo XIV. Vol. 1.º *La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, de actualización del Código Penal*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 45 y 60; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch*, Valencia, 1990, pág. 594; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 17.ª ed. Dykinson, Madrid, 1994, pág. 670. De otra opinión, POLAINO NAVARRETE, M., «Delitos de piratería», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. (coords.), *Código Penal Comentado*, Akal, Madrid, 1990, pág. 362.

(3) CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*. Tomo III [arts. 120-340 bis c)], Ariel, Barcelona, 1978, pág. 110.

(4) Cfr., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Consideraciones jurídico penales acerca de la piratería marítima», *Revista de Derecho Penal*, núm. 26, 2009, págs. 115-116; del mismo autor, «Delito de piratería», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2010, pág. 548.

(5) En contra, proponiendo de lege ferenda ceñir la nueva regulación de la piratería en el Código Penal a la marítima MARTÍNEZ ALCANIZ, A., «Cuestiones jurídicas sobre piratería en la mar», *Revista General de Marina*, Vol. 256, marzo 2009, pág. 238.

(6) Vid., p. ej., MAPELLI LÓPEZ, E., *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 20 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. A., «Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves», en AA. VV., *Ciclo de conferencias sobre cuestiones jurídicas de actualidad*, Caja de Ahorros del Sureste de España, Murcia, 1971, págs. 55-56; TAPIA SALINAS, L., «La política aérea internacional y la "piratería aérea"», *Revista de Política Internacional*, núm. 150, 1977, págs. 104.

(7) A favor, MARTOS NÚÑEZ, J., «Piratería», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XIX, Seix, Barcelona, págs. 763-764.

(8) Cfr., GARCÍA ARIAS, L., «La piratería como delito del Derecho de Gentes», en AA. VV., *Estudios de Derecho Internacional Marítimo*, Zaragoza, 1963, págs. 29-65; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «El delito de piratería», *ADPCP* 1997, pág. 228.

(9) Es aplicable el art. 23.4 LOPJ, de acuerdo con el cual «será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: (...) c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves». Eso sí, con la limitación que supone que «para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles». Vid., al respecto JUANES PECES, A., «Competencia de la Audiencia Nacional en los delitos de piratería», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (coord.), *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011, págs. 237-244. Por supuesto, la jurisdicción española es competente para conocer de los delitos de piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves «cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte» (art. 23.1 LOPJ). En tal caso es aplicable el art. 616 ter CP y no los arts. 39 y 40 LPPNA, como veremos con más detalle.

(10) Y, por tanto, como veremos, no tiene sentido afirmar que el delito contenido en el art. 616 ter CP es internacional, sin matizar más, puesto que se puede cometer en el territorio de un Estado.

(11) Cfr., MARTOS NÚÑEZ, J., «Piratería», cit., pág. 762.

(12) Art. 74.2 CPM, comentado por FERNÁNDEZ DOTÚ, P. J., «El derecho de presa en la guerra marítima (arts. 71 y 74.2)», en BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.

(coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 847-862; vid., también, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «El delito de piratería», cit., págs. 250-251. No siempre ha sido así. En el Acuerdo de Nyon, firmado el 14 de septiembre de 1937 por Francia, Rumania, la Unión Soviética, Bulgaria, Egipto, Grecia, el Imperio Británico, Turquía y Yugoslavia, se convino que se considerarían actos de piratería los que llevaran a cabo en el Mediterráneo los submarinos, aeronaves o buques que violaran las reglas del Derecho de Guerra recogidas en el Tratado internacional para la limitación y la reducción de los armamentos navales, firmado en Londres el 22 de abril de 1930.

(13) Cfr., PARADA VÁZQUEZ, J. D., *La Relación Jurídica Aeronáutica*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 232.

(14) A favor, respecto de la piratería marítima, GARCÍA ALFARAZ, A. I., «Apuntes para una reflexión del delito de la piratería marítima», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., y otros (coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, pág. 235.

(15) Cfr., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «El delito de piratería», cit., pág. 244; TAPIA SALINAS, L., «La política aérea internacional», cit., pág. 516.

(16) Como advierten AWNER, H., RIVAS, R., *La llamada «piratería aérea» en el Derecho internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, pág. 42; MAPELLI LÓPEZ, E., *El apoderamiento ilícito*, cit., pág. 40.

(17) Cfr., MARTOS NÚÑEZ, J., «Piratería», cit., pág. 768.

(18) Como apunta RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «El delito de piratería», cit., págs. 246-250.

(19) Cfr., MARTOS NÚÑEZ, J., «Piratería», cit., pág. 771.

(20) Cfr., MAPELLI LÓPEZ, E., *El apoderamiento ilícito*, cit., págs. 41-43; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Leyes complementarias del Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pág. 50.

(21) Admiten la piratería marítima en ese espacio sobre la base de lo dispuesto en el art. 58 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, entre otros, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional», *Análisis del*

Real Instituto Elcano, núm. 73, 2009, disponible en la página web http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari73-2009, pássim; SIERRA NOGUERO, E., «Régimen jurídico de la prevención y enjuiciamiento de la piratería marítima», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 4, 2010, pág. 64; SOBRINO HEREDIA, J. M., «La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009, pág. 2.

(22) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Piratería», en LUZÓN PEÑA, D.-M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, pág. 1.020; MAPELLI LÓPEZ, E., *El apoderamiento ilícito*, cit., pág. 168, y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «El delito de piratería», cit., pág. 252, entienden que el encontrarse o no el autor a bordo de la aeronave es precisamente lo que diferencia la piratería aérea del apoderamiento ilícito de aeronaves.

(23) Cfr., MAPELLI LÓPEZ, E., *El apoderamiento ilícito*, cit., pág. 52.

(24) Cfr., FAKHOURI GÓMEZ, Y., LLOBET ANGLI, M., «Delitos contra la comunidad internacional y piratería», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 747; PORTILLA CONTRERAS, G., «Delito de piratería», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 392.

(25) Cfr., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Consideraciones jurídico penales», cit., págs. 116-117.

(26) Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Piratería», cit., pág. 1.021.

(27) Justifica esta regulación en que la piratería es un delito contra el Derecho de Gentes, que protege un bien jurídico diferente al protegido en los concretos delitos que puedan llevarse a cabo al cometer un delito de piratería FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Delito de piratería», cit., pág. 548. En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, J. M., «art. 616 ter», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (arts. 234 a DF. 7.ª)*, 6.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 1.844.

(28) También lo critican, entre otros, FERNÁNDEZ RODERA, J. A., «Piratería», cit., pág. 436; PORTILLA CONTRERAS, G., «Delito de piratería», cit., pág. 391.

Tribunal Supremo

la sentencia del día

TS Sala Primera, de lo Civil, S 3 Feb. 2012

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.

LA LEY 12822/2012



 Consulte los textos íntegros en
 www.diariolaley.es

víctimas de un delito un doble patrimonio: el del autor del delito —principal—, y el de quien le emplea —subsidiario—.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

TERCERO. - La resolución de ambos motivos requiere hacer algunas precisiones previas:

(i) La responsabilidad civil subsidiaria se genera por la existencia de responsabilidad penal por parte del acusado, de tal forma que no puede exigirse, sin la previa declaración de la existencia de un hecho punible por los Tribunales de la jurisdicción penal. La STS de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1996 señala lo siguiente: "la responsabilidad civil ex delicto nace directamente del delito, y queda concretamente definida y consumada su existencia por el solo hecho de la condena penal, sin necesidad de ninguna otra justificación o prueba, y este nacimiento se produce aunque después conozca de la misma el Juez Civil, por no haberse sustanciado en el proceso penal; o dicho de otro modo, es una consecuencia obligada nacida directamente del delito".

(ii) Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones Código Penal.

(iii) Cuando, en el proceso penal, el perjudicado no se haya reservado la acción civil para ejercitarla en un proceso civil posterior, lo resuelto por la sentencia penal condenatoria, en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, es vinculante (cosa juzgada) para la jurisdicción de este orden, al haber quedado ya agotada o consumida ante la jurisdicción penal la acción civil correspondiente (entre otras, SSTS de 4 de noviembre de 1991, 24 y 31 de octubre y 9 de diciembre de 1998, 29 de diciembre 2006). Los posibles defectos de la sentencia penal no pueden ser corregidos en la vía civil, ni, menos aún, las omisiones o defectos de planteamiento de la parte acusadora luego demandante, especialmente si quien se considera perjudicado "tuvo ocasión de hacerlo en el procedimiento penal y, sin embargo, no lo hizo" (SSTS 25 de septiembre 2000, 13 de mayo 2004, 21 de enero de 2000, 24 de julio 2008).

(iv) Los conceptos de responsable civil subsidiario y tercero perjudicado por el delito son compatibles entre sí, de suerte que pueden recaer a un tiempo en una misma persona o entidad. El fundamento de esta compatibilidad se encuentra en la necesidad de que no se celebren varios procesos que pudieran originar sentencias contradictorias, lo que constituiría un grave atentado contra la seguridad jurídica. Los diferentes problemas de un mismo acontecimiento o de acontecimientos no separables han de ser objeto del mismo procedimiento para evitar que su tramitación separada de lugar a resoluciones diferentes que pudieran ser contradictorias (SSTS -Sala 2ª de 1 de noviembre 1980; 6 de mayo 1993 y 31 de marzo 2006).

Pues bien, la sentencia dictada en el proceso penal tiene como base la condena de quien fue director general del avalista de las letras, IVEX, pero no pertenece a las que según la doctrina de esta Sala puede vincular a los tribunales de la jurisdicción ordinaria civil en lo que aquí se enjuicia. Es cierto que en el proceso penal previo la demandante no ejercitó ninguna de las acciones que en este pleito formula puesto que fue separado del mismo al haber ejercitado sus acciones en un juicio ejecutivo en el que cobró el importe de las cambiales. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional decretó la nulidad de la sentencia en virtud de la cual se había producido el pago y la nueva sentencia dictada en el juicio ejecutivo posterior desestimó la acción ejecutiva formulada por KBC-BANF, con lo que tuvo que devolver todo lo que había recibido en ejecución provisional. Es decir, dicha entidad recuperó la condición de perjudicada pero sin tiempo ni ocasión procesal para ejercitar sus derechos en el juicio penal en el que se había personado, en el que tampoco nadie de los que se habían personado había ejercitado contra el IVEX como responsable civil subsidiario, lo que le permite hacerlo en este juicio. Lo contrario, además, produciría una evidente vulneración de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la CE, pues se negaría a la parte actora su derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos perjudicados por conductas ajenas.

Nada hay, por tanto, que impida, en casos como el presente, a quien no ha cobrado por causas ajenas a su actuación procesal, poder ejercitar las oportunas acciones civiles contra quienes fueron causa del perjuicio económico experimentado pues contra el IVEX no hubo petición ni consiguientemente pronunciamiento de res-

Responsabilidad civil subsidiaria de la empresa por los delitos de estafa y falsedad documental cometidos por su director general

RESUMEN DEL FALLO:

Las sentencias de instancia estimaron la demanda de reclamación de indemnización por responsabilidad civil derivada de delitos, dirigida contra el autor de los mismos, pero desestimaron la acción dirigida contra la entidad de la que aquel era director general, como responsable civil subsidiaria. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por la demandante y casa la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la demandada a abonar subsidiariamente la cantidad reclamada.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Art. 1092 CC (LA LEY 1/1889); arts. 116 y 120.4 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

sumario

RESPONSABILIDAD CIVIL.—Derivada de delito.—Responsabilidad subsidiaria de la entidad cuyo director general cometió los delitos.—Inexistencia de reserva de acciones civiles en el proceso penal.—Relación de dependencia.

En el caso, la entidad financiera demandante reclama una indemnización a la entidad demandada como responsable civil subsidiaria por los delitos de estafa y falsedad documental cometidos por su director general al avalar unas letras de cambio en fraude de diversas entidades bancarias. La sentencia de apelación desestimó la demanda porque la demandante no dirigió acción alguna contra la demandada en el proceso penal previo, ni hizo reserva de acciones civiles. Sin embargo, aunque ello es cierto, lo que ocurrió fue que la demandante fue separada del proceso penal al haber ejercitado sus acciones en un juicio ejecutivo en el que cobró el importe de las cambiales. Pero la sentencia en virtud de la cual se produjo el pago fue anulada y la nueva sentencia dictada desestimó la acción ejecutiva, con lo que la demandante tuvo que devolver todo lo que había recibido. Es decir, dicha entidad recuperó la condición de perjudicada pero sin tiempo ni ocasión procesal para ejercitar sus derechos en el juicio penal, lo que le permite hacerlo en el juicio civil. Admitiendo, por tanto, que esta opción procesal es posible, la demanda debe ser estimada en virtud de lo dispuesto en el art. 120.4.º CP 1995 (LA LEY. 3996/1995). En él se establece que son responsables civiles «las personas naturales o jurídicas... por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Es decir, en aquellos supuestos en que se da una relación de dependencia o servicio en cuyo desarrollo se produce una infracción penal, responde el ente para el cual actuaban los responsables penales directos, sin otra exigencia que la dependencia, esté o no presente una negligencia de la institución o una deficiencia estructural de la misma. Se trata, en definitiva, de una efectiva realización del principio de seguridad jurídica incorporado al Derecho Penal, pero con criterios jurídico-privatísticos, que pone a disposición de las

ponsabilidad civil subsidiaria. Lo único que se exige es que se den los requisitos que la ley impone en estos casos contra quien contribuyó a la producción de un resultado económicamente lesivo, que propiamente no nace del delito, sino de los hechos que lo constituyen, con el efecto de poder hacerle responsable de la restitución de la cosa y del resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado (artículo 116 CP).

CUARTO. - La aplicación del artículo 122 del CP, sobre el que se sustenta la primera de las acciones, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica; 2º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del «crimen receptationis» en concepto de autor, cómplices y encubridor; 3º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (SSTS -Sala 2ª- de 30 de marzo de 2000; 26 de enero 2010; 15 de julio de 2011, entre otras).

La atribución a la recurrente de responsabilidad civil por su participación en los efectos del delito a título lucrativo mediante el descuento de las letras utilizado para reducir la deuda contraída con ARAB BANK y por el dinero obtenido por FORD por la compra de productos para obtener derechos de compensación en Túnez pagados con las letras de cambio, encuentra las dificultades propias del ámbito en que se desenvuelve, como es recurso de casación, puesto que de los hechos probados de la sentencia no se desprende el enriquecimiento que le hayan ocasionado tales operaciones en mérito al cual se postula la condena de la mercantil demandada.

QUINTO. - La segunda acción se sostiene en la condena del quien fue director general de IVEX. La sentencia niega que el demandado deba responder subsidiariamente en base a la condena penal que recayó sobre el Sr. Eladio de acuerdo con el principio que impide que el Juez civil vuelva a conocer las cuestiones que se han sometido a la jurisdicción penal, y que se concreta en la afirmación siguiente: *"si la acción civil ha sido ejercitada y no renunciada, ni reservada, no cabe acudir a un procedimiento posterior, con la finalidad de revisar la sentencia penal para introducir las responsabilidades civiles que en aquella no tuvieron dicha calificación"*.

Admitiendo, por lo razonado anteriormente, que esta opción procesal era posible, dispone el artículo 120.4 C.P. que son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente, "las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios". Reiterada jurisprudencia de la Sala segunda precisa lo siguiente: "Se regula, con su incorporación al Código Penal, un régimen de responsabilidad subsidiaria personal y objetiva, en tanto en cuanto, y a diferencia de lo que sucede en el apartado primero del precepto en relación con la responsabilidad de los padres o tutores, respecto de los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años en las circunstancias en él expresadas, no se exige que haya habido por parte del empresario culpa o negligencia" (SSTS 17 de marzo de 2010; 3 de marzo 2011).

Pues bien, el hecho de excederse de las atribuciones o funciones en la entidad de la que era su director general, en contra, incluso, de una prohibición expresa, no puede excluir la responsabilidad del IVEX. Lo que la ley quiere es que, en aquellos supuestos en que se da una relación de dependencia o servicio en cuyo desarrollo se produce una infracción penal -dolosa o culposa- responda el ente para el cual actuaban los responsables penales directos, sin otra exigencia que la dependencia, entendida en un sentido amplio y muy general, esté o no presente una negligencia de la institución o una deficiencia estructural de la misma. Se trata, en definitiva, de una efectiva realización del principio de seguridad jurídica incorporado al Derecho Penal, pero con criterios jurídico-privatísticos (STS -Sala 2ª- 23 de abril de 1990), que pone a disposición de las víctimas de un delito un doble patrimonio: el del autor del delito -principal-, y el de quien le emplea -subsidiario-, como en este caso por la cobertura y la garantía que representa para terceros una empresa vinculada a la Comunitat Valenciana, sin la cual posiblemente no se hubiera cometido (...) ■



LA LEY 4075/2012

Protección penal de los trabajadores extranjeros

Beatriz ORDUNA NAVARRO

Doctora en Derecho

Licenciada en Criminología. Abogado Fiscal

Este trabajo analiza la problemática que plantean los delitos cometidos contra los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, en esencia, los concretos tipos penales en que incurren los empleadores respecto a los derechos laborales básicos del trabajador extranjero limitando el estudio a los arts. 312.1 y 2 y 313 del Código Penal.

El Título XV del Libro II del Código Penal, bajo el epígrafe, «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» regula una serie de conductas penalmente relevantes cometidas contra los trabajadores nacionales y extranjeros. Sin embargo, en el presente artículo vamos a referirnos exclusivamente a los delitos cometidos contra los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, recogidos en el citado Título XV.

El art. 3.1 de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LO 4/00, de 11 de enero) reconoce que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Sin embargo, la crisis económica y la entrada masiva de extranjeros en España han determinado que muchos de ellos se contraten en condiciones que perjudican los derechos que tienen reconocidos por ley.

Estudiaremos dentro de este apartado los distintos tipos penales que se refieren al extranjero, trabajador o no, cuando son violados por el empleador los derechos laborales básicos, abusando de su situación de irregularidad, en concreto, el tráfico ilegal con mano de obra, el ofrecimiento de condiciones falsas o engañosas para reclutar o, en su caso, abandonar el puesto de trabajo o, entre otras, quienes empleen a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.

I. DELITOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 312 DEL CÓDIGO PENAL

Tres son las conductas que se tratan de proteger en el art. 312 CP. El art. 312.1 sanciona «a los que trafiquen ilegalmente con mano de obra»; en el 312.2 a «quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas» y, en el 312.2 *in fine* a «quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Todas las conductas recogidas en el art. 312 CP son sancionadas con la pena de prisión de de 2 a 5 años y multa de seis a doce meses. Comenzaremos por analizar la conducta tipificada en el art. 312.2 *in fine* por ser la que más claramente afecta a los derechos laborales de los extranjeros, al prescindir de su condición de trabajador.

1. Artículo 312.2 *in fine*. Empleo de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales

El art. 312.2 *in fine* CP, sanciona a «quienes empleen súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos, o contrato individual».



En este mismo sentido el art. 54.1 d) LO 4/2000, de 11 de enero (en adelante LOEx.) considera como infracción grave «la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados».

Eduardo CALVO ROJAS opina que las conductas que en este artículo se tipifican «son prácticamente coincidentes con las del delito tipificado en el art. 318 bis CP (cuya vigente redacción vino dada precisamente por la disposición final segunda de la LO 4/2000), de modo que no resulta fácil imaginar un supuesto en el que pueda llegar a aplicarse esta infracción muy grave del art. 54.1 d) LOEXIS ya que la conducta sería normalmente sancionable como delito y la propia norma excluye expresamente la acumulación de la sanción penal y administrativa» (1). En cualquier caso, no toda infracción de los derechos protegidos a los trabajadores extranjeros puede considerarse típica desde el punto de vista penal, se trata de proteger el principio de *non bis in idem*, de forma que solo pueden considerarse penalmente protegidos los derechos recogidos en el art. 4 ET (2).

Los orígenes del art. 312.2 *in fine* aparecen en el art. 499 bis CP de 1973 (3), si bien se trataba de un precepto en el que no se hacía distinción entre trabajadores nacionales y extranjeros y por lo tanto se aplicaba a ambos tipos de trabajadores incluidos los extranjeros sin permiso de trabajo. Se hacía necesaria la inclusión en el Código Penal de un precepto específico para los trabajadores extranjeros.

El art. 312.2 *in fine*, exige para la integración del tipo, la concurrencia de los siguientes elementos:

Un sujeto activo que es el empresario o dador de trabajo y, si se trata de una persona jurídica o colectiva, sus administradores o encargados. No obstante al utilizarse el verbo «emplear» el sujeto activo debe ampliarse a cualquier persona que le encargue a otra un trabajo o servicio sin que necesariamente exista una relación de trabajo empresario/trabajador, así ocurre en las relaciones de servicio doméstico o las realizadas en los sectores agrícolas o ganaderos.

Un sujeto pasivo es el extranjero que carece de autorización para trabajar. Quedan excluidos los extranjeros con autorización para trabajar y los nacionales, quienes serían sujetos pasivos de la conducta del art. 311 CP.

Un resultado consistente en la imposición del sujeto activo de condiciones laborales que perjudiquen los derechos de los trabajadores.

Este tercer elemento merece una mayor concreción ya que no bastará con la mera contratación de un extranjero sin autorización para trabajar, supuesto en el que no se produciría el alta en la Seguridad Social, tratándose en este caso de una mera infracción administrativa, la del art. 54.1 d) de la LOEx. que sanciona como infracción muy grave «la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo (...)». El precepto penal habla de «condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos (...)» lo que exige que se lesionen los derechos de los trabajadores al imponerles condiciones que los violan.

¿Cuáles son estos derechos que surgen de una relación laboral y que pueden no ser reconocidos al trabajador extranjero? El Estatuto de los Trabajadores (ET)

recoge los principales derechos y obligaciones de los trabajadores en España y muy especialmente el art. 4.2 ET (4). Además de esta norma otras se refieren a los derechos de los trabajadores, así la no discriminación en las relaciones laborales (art. 17 ET), el salario (art. 26 ET), la igualdad de remuneración por razón de sexo (art. 28 ET), las gratificaciones extraordinarias (art. 31 ET), la jornada de trabajo (art. 34 ET), las horas extraordinarias (art. 35 ET), el trabajo nocturno, trabajos a turnos y ritmo de trabajo (art. 36 ET), o las vacaciones anuales (art. 38 ET). Además del Estatuto de los Trabajadores, también se regulan los derechos y obligaciones de toda relación laboral en otras disposiciones legales y reglamentarias del Estado; en los convenios colectivos y; por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos (art. 3 ET).

El art. 312.1 *in fine* CP responde a la vulneración de alguno de estos derechos a los trabajadores extranjeros que son contratados de forma irregular desempeñando su trabajo sin contrato (5).

Que el perjuicio al trabajador se consiga es irrelevante, por tratarse de un delito de consumación instantánea y efectos permanentes que se perfecciona desde el momento en el que se imponen o establecen tales condiciones desfavorables para el trabajador que se ve obligado a soportarlas, sin necesidad de que éstas una vez realizadas persistan a lo largo de todo el tracto (SAP de Almería, Secc. 1.ª, núm. 80/2005 de 5 de abril).

El legislador en la conducta descrita en el art. 312.2 *in fine* CP habla de súbditos extranjeros y, en la prevista en el art. 311.1 CP, de redacción similar a la del art. 312.2 *in fine*, en lugar de súbditos extranjeros habla de trabajadores, de forma que la conducta tipificada en el art. 312.2 *in fine* por ser la que más claramente afecta a los derechos laborales de los extranjeros, al prescindir de su condición de trabajador.

El Tribunal Supremo, a pesar de la distinción que hacen los dos preceptos mencionados entre «súbditos extranjeros» y «trabajadores», en su sentencia de 30 de junio de 2000, reconoció el derecho al trabajo del inmigrante legal o ilegal y ello porque el art. 35 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, modificada por Ley de 19 de mayo de 1994, ya calificaba como infracción muy grave la conducta de los empresarios «que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo

el preceptivo permiso de trabajo o su renovación». En esta sentencia nuestro alto Tribunal valora para poder aplicar el derecho sustantivo sancionador «que además de la contratación del trabajador ilegal se le perjudique en sus derechos laborales mínimos, elemento normativo que acoge el dolo del autor, en la medida de que, sabedor de que el trabajador ilegal no puede reclamar ante los organismos administrativos competentes por su condición de tal, se aprovecha de dicha circunstancia para incumplir las mínimas condiciones y garantías laborales del sector productivo concreto, y ello como *questio facti* exige de la cumplida prueba que venga a desvirtuar la presunción de inocencia del sujeto activo» (SAP de Girona, Secc. 3.ª, núm. 417/2000 de 26 de septiembre) (6).

El bien jurídico protegido, al encontrarse recogido este precepto dentro de los delitos tipificados en el Título XV del Código Penal, será los derechos de los trabajadores, pero el art. 312.2 *in fine* protege también el interés del Estado a controlar los flujos migratorios por su influencia en el mercado de trabajo y en su estructuración social (7). Así la STS de 29 de marzo de 2004, refiriéndose al art. 311.1.º CP, contiene doctrina perfectamente aplicable al delito del art. 312.2, recordando que «el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores». La STS de 12 de abril de 1991 viene a recordar que el Código Penal protege toda relación de prestación de servicios, abstracción hecha de que el contrato de trabajo sea válido o nulo y «por tanto, cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana».

En este mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 208/2010, de 18 de marzo, reconoce que existe una prestación de servicios de carácter laboral sin que sea necesaria la plasmación en un documento, formalmente válido, para que se tenga por nacida la relación laboral. Lo valorable a efectos punitivos son las condiciones laborales impuestas a los trabajadores independientemente de que sean legales o ilegales. Por ello, la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculcan los derechos de los trabajadores en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no

pueden ser incardinadas en el delito del art. 312 CP.

No es necesario que el sujeto pasivo del delito tenga la condición de trabajador ya que se puede reclutar a cualquier persona, sin embargo, cuando se trata de determinar a una persona a abandonar su puesto de trabajo, el sujeto pasivo será necesariamente un trabajador

¿Hay tantos delitos del art. 312.2 *in fine* CP como trabajadores ilegales empleados? La respuesta debe ser negativa ya que es de naturaleza colectiva o plural, de forma que existe un único delito, con independencia del número de trabajadores ilegales que se empleen por el empresario.

El Tribunal Supremo en su Acuerdo de Sala de 30 de mayo de 2006 ha aclarado que reclutar personas o determinarlas a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, si los hechos enjuiciados constituyen un delito del art. 188.1 CP —determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella empleando violencia o intimidación o engaño o abusando de su situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima— y un delito del art. 312.2 segundo, se producirá ordinariamente un concurso real de delitos.

La STS, Sala 2.ª, núm. 461/2010 de 19 de mayo en relación al art. 188.1.º CP considera que este delito existe con carácter autónomo con respecto de los que tipifican las conductas contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, cuando las víctimas, generalmente mujeres sin documentación, y en una situación de inferioridad por proceder de un país distinto y vivir en un entorno hostil, desarrollan un sentimiento de terror que las convierte en verdaderos seres despersonalizados a merced de quienes se comportan como dueños y señores, dedicándose a la prostitución (STS 146/2005, de 25 de noviembre). Si se emplea a estas mujeres sin permiso de trabajo para que ejerzan la prostitución sin regulación laboral y sin disponer de dinero para sus propios gastos, se estará cometiendo además un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2.º CP. Así, en la sentencia citada las mujeres no solo carecían de permiso de trabajo y de alta en la Seguridad Social —lo que entendemos sería sancionable administrativamente y no penalmente— sino que eran sometidas

a unas condiciones de trabajo leoninas, con un horario de trabajo desde las 18:00 horas hasta las 4:00 horas los días laborables y, desde las 18:00 horas hasta las 5:00 horas los festivos, careciendo de salario —no les proporcionaban cantidad alguna para sus propios gastos, cobrándoles una cantidad diaria para manutención y alojamiento—, careciendo de descansos y de las condiciones en las que podrían librar y disponer de algún día de asueto, por lo que esta conducta añadida permite aplicar conjuntamente el tipo del art. 312.2.º *in fine* y 188.1.º CP.

2. El artículo 312.1 del Código Penal: tráfico ilegal de mano de obra

Este artículo sanciona a «los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra». Precepto excesivamente genérico a la hora de determinar el bien jurídico que trata de proteger, el mercado laboral en general. Para LASCURAÍN se incluiría dentro de este precepto los supuestos de trata de personas con fines de explotación laboral (8). Esta interpretación no es la sostenida por otros autores quienes consideran que este tipo penal trata de proteger el mercado laboral y de los trabajadores frente a determinadas conductas de los intermediarios, de forma que la cesión de trabajadores a otra empresa solo se podrá realizar a través de las empresas de Trabajo Temporal tal y como exige el art. 43.1 ET (9). Aceptando esta posición doctrinal, resultará que el sujeto pasivo será el nacional o extranjero que se encuentra en nuestro país de forma regular, desempeñando un trabajo en España y que es objeto de cesiones irregulares entre empresarios.

Esta interpretación doctrinal es la adoptada en el auto del TS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 15 de abril de 2010, rechazando un recurso de casación para la unificación de la doctrina contra una sentencia dictada por un Juzgado de lo Social, en la que la que una trabajadora fue despedida al finalizar el convenio de colaboración entre su empresa y otra empresa, entendiéndose que habiendo cesión ilegal de trabajadores entre ambas empresas, por lo que no concurrían causas para dar por finalizada la relación de trabajo, máxime cuando la actividad desarrollada por la cesionaria era realizada por la totalidad del personal de la empresa cedente, incluso en el mismo centro y lugar de trabajo, debiendo suscribir una baja voluntaria, trabajando en la nueva empresa a través de contratos temporales. La Sala argumentaba que la aportación de los medios materiales necesarios para el

desarrollo de la actividad no se realizaba por la primera empresa, ni tampoco la organización y dirección de trabajo. La confusión entre las plantillas, la manera de prestar el servicio, el lugar en donde se desarrollaba, la falta de distinción entre los trabajadores de las empresas demandadas, no hacen más que corroborar los acertados razonamientos del juez de instancia en relación con la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

Debemos concluir que se trata de un precepto poco afortunado ya que al utilizar la expresión «tráfico ilegal» podrían plantearse problemas concursales con el tipo del art. 318 bis CP, debiendo excluirse esta posibilidad ya que el art. 312.1 CP se refiere a trabajadores extranjeros en situación de regularidad administrativa.

3. El artículo 312.2 primer inciso del Código Penal: Recluta o determinación al abandono del trabajo ofreciendo empleo falso

El art. 312.2, primer inciso castiga a «quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas».

La conducta típica consiste en dos acciones: a) reclutar personas, es decir, buscar, captar personas y b) determinarlas a abandonar su puesto de trabajo, en el sentido de convencerlas para que lo abandonen. Para ello deberá ofrecerse empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, tratándose de un tipo penal muy próximo a la estafa. No es necesario que el sujeto pasivo del delito tenga la condición de trabajador ya que se puede reclutar a cualquier persona, sin embargo cuando se trata de determinar a una persona a abandonar su puesto de trabajo el sujeto pasivo será necesariamente un trabajador. Sujeto activo del delito puede ser cualquiera, no siendo necesario que se trate de un empresario. Para que el delito quede consumado será necesario que el trabajador acepte el empleo falso o con condiciones de trabajo engañosas o falsas; o bien, que abandone su puesto de trabajo debido a las condiciones engañosas, de forma que si finalmente no aceptara el empleo, será posible la apreciación de tentativa.

Este tipo penal abarca tanto a nacionales como a extranjeros en situación regular en España que desempeñan un trabajo y que lo abandonan para ocupar otro bajo condiciones engañosas o falsas, de forma que no debe confundirse con el art. 318 bis CP pues en este caso la recluta se refiere a trabajadores en situación de irregularidad, ni tampoco

con el art. 313 CP en el que se castiga: «El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante (...)», pues aquí el engaño significa que se produce la emigración desde España a otro país o desde un país extranjero a España, mientras que en el tipo del art. 312.2, primer inciso, la captación con engaño de trabajadores nacionales o extranjeros regularizados se produce dentro de nuestro país.

II. EL ARTÍCULO 313 DEL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LO 5/2010. DETERMINAR O FAVORECER LA EMIGRACIÓN MEDIANTE SIMULACIÓN O ENGAÑO

La reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, presenta como principal novedad la supresión del núm. 1 del anterior art. 313 que castigaba «el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España». En la regulación actual existe un único art. 313 CP que viene a recoger el contenido del anterior art. 313.2 CP.

El actual art. 313 CP sanciona «el que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante (...)». Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona y respecto al sujeto el sujeto pasivo del delito entendemos aplicable la doctrina de la Fiscalía General del Estado, de forma que aunque el 313 CP habla de trabajador pero su intención es venir a España a trabajar, dándose la condición de trabajador tanto en quien cuenta ya con un puesto o contrato de trabajo como en aquel que entra en España con la intención de buscar trabajo (10).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, de conformidad con el Acuerdo mayoritario no jurisdiccional, de 9 de febrero de 2005, con respecto al término «emigración» que utilizaba el art. 313.2 CP anterior a la reforma introducida por LO 5/10, de 22 de junio, y que se mantiene en el actual 313 CP, ha aclarado que no ha de limitarse, exclusivamente, a la salida del trabajador desde España a un tercer país, sino que abarca también la llegada del mismo a nuestro territorio proveniente de otro lugar.

La Circular 1/2002, de 19 de febrero de la FGE en relación a la entrada ilegal en territorio español, aclara que

resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control de acceso por parte de las autoridades pero, también deben considerarse ilegales, las entradas mediante fraude, supuestos en los que siendo la voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, o mediante documentación que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (visados obtenidos mediante falsas alegaciones, cartas de invitación inveraces) (11).

En relación a las formas imperfectas de ejecución, tal y como ha venido señalando el Tribunal Supremo en sentencias 112/1998, de 3 de febrero (FJ 3.º) y 995/2000, de 30 de junio, basta para la consumación del art. 313 con la sola realización de actos de promoción o favorecimiento de la inmigración, sin exigirse que se consiga efectivamente la entrada en territorio español ni menos aún la posterior obtención de un puesto de trabajo. De conformidad con esta interpretación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia de núm. 1056/2005, de 24 de febrero, confirmó la dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 6 de noviembre de 2002, que condenaba a los autores por un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 313.2 CP y por un delito continuado de estafa, en un supuesto en el que los acusados de nacionalidad búlgara concertados con terceras personas de



su misma nacionalidad, desde enero de 2002, con intención de beneficiarse económicamente, valiéndose de anuncios en la prensa búlgara a nombre de dos supuestas empresas, captaron a diversos compatriotas suyos, convenciéndoles de que, a cambio de determinadas cantidades de dinero, les conseguirían en España trabajo, vivienda y permisos de trabajo y residencia con clara intención de no cumplirlo. El delito de estafa se consumó desde el momento en que los perjudicados hicieron entrega de determinadas cantidades de dinero a estas personas.

El contenido de esta sentencia puede hacerse extensible al actual art. 313 CP por ser su contenido similar al antiguo art. 313.2 CP.

El art. 313 CP, salva el vacío legal que se producía al quedar excluidos los extranjeros comunitarios del ámbito de protección del art. 318 bis 1 CP que recoge la inmigración ilegal de extranjeros con exclusión de los ciudadanos comunitarios, de forma que la emigración ilegal de trabajadores comunitarios halla protección legal en el art. 313 CP.

III. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALVO ROJAS, E., «El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares», Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial, Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (2001).

contratados a los trabajadores extranjeros, les pagaba puntualmente lo pactado y asumía los gastos de accidente laboral que sufría uno de los empleados y tramitó la oportuna autorización administrativa de trabajo.

(7) TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera», en LAURENZO COPELLO, P (coord.), Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate. Tirant lo Blanch (2002), pág. 387 y 389. SEQUEROS SAZATORNIL, F., «El marco penal de la inmigración». Actualidad Penal, núm. 39 (23-29 de octubre de 2000), pág. 847, considera que el art. 312 protege no solo las condiciones laborales de los extranjeros para sus derechos, sino también la mano de obra nacional. Vid. ROJO TORRECILLA, E., Delitos contra los derechos de los trabajadores, op. cit., pág. 24-25. CARDENAL MONTRAVETA, S., CARDENAL ALEMANY, F., «El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 in fine del CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial». AA. VV., Revista del Poder Judicial, núm. 66 (segundo trimestre de 2002), pág. 222: «Entre los intereses de carácter laboral se encuentran algunos que no se corresponden con derechos de los trabajadores cuya satisfacción puedan éstos exigir de forma directa e inmediata como,

CARDENAL MONTRAVETA, S., CARDENAL ALEMANY, F., «El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 in fine CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial». AA. VV., Revista del Poder Judicial, núm. 66 (segundo semestre 2002).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2002, de 19 de febrero sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. www.fiscal.es.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores lo que sobra y lo que falta», ADPCP, Vol. LVII, MJU/BOE (2004).

PORTILLA CONTRERAS, G., «Disposiciones finales de la Ley 4/2000, de 11 de enero», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social, Comares (2001).

ROJO TORRECILLA, E (coord.), Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social, Bosch (1998).

SEQUEROS SAZATORNIL, F., «El marco penal de la inmigración», Actualidad Penal, núm. 39 (23-29 de octubre de 2000).

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abusos de mano de obra extranjera», en LAURENZO COPELLO, P (coord.), Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate, Tirant lo Blanch (2002). ■

por ejemplo, la evitación de "competencia desleal" por parte de los trabajadores que carecen de permiso de trabajo y que, por esta razón, están dispuestos a trabajar en condiciones en las que ningún nacional o extranjero con permiso estaría dispuesto a hacerlo. Todos estos intereses se protegen también a través de los delitos previstos en los arts. 313 y 318 bis, pero se ven afectados siempre que se emplee a un extranjero sin permiso de trabajo».

(8) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta». ADPCP, Vol. LVII, MJU/BOE (2004), pág. 47.

(9) PORTILLA CONTRERAS, G., «Disposiciones finales de la Ley 4/2000, de 11 de enero», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social, Comares (2001), pág. 999.

(10) FGE. Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. www.fiscal.es, pág. 6.

(11) FGE. Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. www.fiscal.es, págs. 8-9.

NOTAS

(1) CALVO ROJAS, E., «El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares», Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial. Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (2001), pág. 189.

(2) En este mismo sentido ROJO TORRECILLA, E. (coord.), Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social, Bosch (1998), págs. 18-19, 39-40.

(3) El art. 499 bis CP de 1973 castigaba con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas, al que «1.º (...) usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales. 2.º El que por simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales».

(4) El art. 4.2 ET recoge los siguientes derechos: a) ocupación efectiva, b)

promoción y formación profesional en el trabajo, c) a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por la ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del Estado español. Tampoco pueden ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate, d) a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, e) al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad, comprendida a la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, f) a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, g) al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo, h) a cuantos otros se deriven específicamente de su contrato de trabajo.

(5) CARDENAL MONTRAVETA, S., CARDENAL ALEMANY, F., «El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 in fine CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial». AA. VV., Revista del Poder Judicial, núm. 66, pág. 237.

(6) En esta sentencia el Tribunal absolvió al empresario que, sin tener legalmente



Tribuna

La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar

LA LEY 4044/2012

La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores

Víctor MORENO VELASCO
Abogado

El presente artículo analiza la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos menores, poniendo de manifiesto la posibilidad de realizar una interpretación del art. 96 del Código Civil, adecuado y coherente con la actual realidad social. De esta forma se exponen las contradicciones en las que, a juicio del autor, incurre la Sala 1.ª del Tribunal Supremo al impedir la limitación temporal del uso de la vivienda, en estos casos.

I. ACERCAMIENTO AL PROBLEMA

Entre las medidas que deben adoptarse en los procedimientos relativos a las crisis matrimoniales e incluso en los procedimientos relativos a la guarda y custodia y alimentos de hijos no matrimoniales (1), se encuentra la medida relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Dicha medida viene regulada en el art. 96 CC que distingue entre los supuestos en los que existen hijos menores, y los supuestos en los que, bien no existen hijos menores, bien éstos son mayores de edad.

En primer lugar, y a efectos de delimitar el objeto de este artículo, debemos referirnos con carácter previo a definir lo que ha de entenderse por vivienda familiar, especificando lo que queda dentro y fuera de la misma.

Al respecto, el legislador utiliza tres expresiones distintas, a saber: «vivienda familiar», «vivienda habitual» y «vivienda donde tiene la residencia habitual» términos que son los utilizados por el Código Civil en numerosos artículos, entre ellos en los arts. 90.B, 91, 96, 103.2.ª, 1320 y 1406.4.ª y en el art. 774.4 LEC.

Por su parte, el art. 40 CC nos da el criterio a seguir para fijar el domicilio de las personas que haciéndolo extensivo al domicilio familiar, se puede decir que «el domicilio familiar» es el lugar de residencia habitual de los cónyuges en el que ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones, tanto las patrimoniales como las derivadas de la relación conyugal y, especialmente, su deber de vivir juntos (art. 68 CC).

Atendida la existencia del matrimonio, los cónyuges tienen el mismo domicilio y de ahí que se le denomine como domicilio conyugal; cuando se tienen

otros intereses, como el de los hijos, se habla de domicilio familiar.

Pues bien, establecida la obligación de atribuir el uso de la vivienda familiar (ex art. 90 CC), en los últimos tiempos ha existido una tendencia tanto en los encuentros de jueces y abogados de familia como en algunas Audiencias Provinciales, de limitar temporalmente, en algunos casos, el uso de la vivienda familiar, aun existiendo hijos menores, al poder compatibilizarse el derecho a una vivienda de los menores adecuada y quedar, por tanto, garantizado el interés del menor, y el derecho del progenitor no custodio a conservar el uso de aquel inmueble, evitando el sacrificio de los derechos dominicales del cónyuge no custodio.

Debemos tener en cuenta que un derecho de propiedad, sin uso, queda carente de su facultad más importante, limitando enormemente las posibilidades de transmisión del mismo, al vincular a adquirentes posteriores, máxime si ha sido inscrito.

II. PRONUNCIAMIENTOS A FAVOR DE LA LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La limitación del uso de la vivienda familiar normalmente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, aun existiendo hijos menores, es la línea que se estaba empezando a seguirse por algún sector judicial y prueba de ello son las *Conclusiones del III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Asociación de Abogados de Familia*, en el que se establece que se considerará más oportuno que la atribución del uso de la vivienda familiar se realice de forma temporal, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

El problema, a nivel jurisprudencial, ya había sido abordado por la Audiencia Provincial de Valladolid, que en su sentencia de la sección 1.ª 226/2009, de 5 de octubre, afirmaba siguiendo anteriores pronunciamientos jurisprudenciales —24 de abril de 2007 y 1 de octubre de 2009— que cabía atribuir el uso de la vivienda familiar de forma temporal cuando los recursos de los cónyuges permitieran garantizar a los menores una vivienda adecuada, distinta de la familiar.

El supuesto de hecho era ampliamente conocido por todos los operadores jurídicos que nos movemos en los juzgados de familia. Ambos progenitores trabajan e incluso tienen varios inmuebles adecuados y la vivienda familiar es solo uno de ellos.

En estos casos, el fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar *sine die* o hasta la independencia económica —lo que puede suponer muchos años en hijos de corta edad— en los supuestos de hijos menores carecía de sentido ya que su derecho podía quedar garantizado con otras medidas más respetuosas con los derechos dominicales sobre la vivienda familiar.

El hijo menor tiene derecho a que sus padres, dentro de su deber de darles alimentos en sentido amplio, le procuren una vivienda, pero no que dicha vivienda coincida, necesariamente, con la que venían ocupando, cuando el núcleo familiar estaba unido.

En supuestos de que ambos progenitores tengan sus medios de vida y puedan acceder a una vivienda, lo lógico es conciliar todos los intereses, incluido el patrimonial del no custodio, y liquidar la vivienda familiar, bien mediante la venta a un tercero, repartiendo el producto de ésta, bien mediante la adjudicación a uno de los progenitores repartiéndose el producto.

A mi juicio, que el interés del menor sea prevalente no significa que cuando sea posible atender todos los intereses no se tome una medida que ampare todos los derechos e intereses. El interés del progenitor no custodio de disponer de su parte del bien normalmente más importante de la economía familiar, con objeto de rehacer su vida, es atendible por el ordenamiento jurídico y estando atendido el interés prioritario de su prole de disponer de una vivienda adecuada, el juzgador debe atender también su interés. Solo en caso de conflicto de intereses sería prioritario el interés del menor y ese es el sentido que considero debe darse al art. 96 CC, interpretado de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas.

En la actual sociedad el acceso al trabajo de la mujer hace que en muchos casos ambos progenitores tengan iguales o similares medios económicos y que la solución apuntada debe ser la regla general, siempre a salvo de supuestos en los que no estando garantizado el interés del menor a una vivienda adecuada se aplique sin miramientos el art. 96 CC, sacrificando cualquier otro interés, incluido el del progenitor no custodio (2).

No solo la Audiencia Provincial de Valladolid, sino también otros Tribunales como la Audiencia Provincial de las Palmas en su sentencia núm. 385/2008 (Sección 3.ª), de 4 de junio, o la sentencia de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, núm. 315/2010 (Sección 1.ª), de 5 de julio, recurso 49/2010, aplican este criterio.

III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Pues bien, el Tribunal Supremo, mediante una sucesión de sentencias dictadas en el año 2011, revoca las sentencias citadas estableciendo una doctrina en interés casacional, contraria al criterio expuesto en el apartado anterior.

Así la STS 221/2011, de 1 abril (Sección 1.ª), revoca la de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2008, y la STS, Sala 1.ª, 236/2011, de 14 de abril revoca la de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 5 de septiembre de 2008.

De la misma forma la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3.ª) de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 4 de junio de 2008, ya citada, se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que revoca la meritada sentencia, mediante la sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, 451/2011, de 21 de junio, recurso 1766/2008. Todas estas sentencias son de la misma ponente.- Doña Encarnación Roca Trías.

Sobre la posibilidad de limitar el uso de la vivienda familiar, la Sala señala que aunque ésta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta el art. 96 CC, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE).

Asimismo señala el Tribunal Supremo que esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores que deberá a su vez ser controlado por el juez.

Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual —señala el Alto Tribunal— implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Pues bien, la misma ponente y la misma Sala recientemente han dictado la STS, Sala Primera, de lo Civil, 695/2011, de 10 de octubre, que modificando, claramente el tenor literal del precepto señala que puede atribuirse un inmueble distinto del familiar, en interés del menor.

Sin negar en absoluto la justicia de la resolución, como no puede ser menos, atendida la entidad y nivel de la ponente que la dicta, sí considero que incurre en una contradicción con las anteriores resoluciones citadas.

Considero que la Sala erró cuando acabó con la corriente jurisprudencial que propugnaba la limitación temporal del uso de la vivienda familiar aunque hubiera hijos menores en determinados supuestos en los que estaba perfectamente asegurado el uso de una vivienda adecuada

Me explico. En la presente sentencia el Tribunal Supremo es consciente del problema que se genera atribuyendo el uso de la vivienda familiar de una vivienda cedida en precario ya que conforme a su reiterada doctrina expresa en sentencias SSTS 859/2009, de 14 enero 2010, 861/2009, de 18 enero 2010 del pleno de esta Sala, y reiterada en las SSTS 178/2011, de 18 marzo y 772/2011, de 22 noviembre, así como las de 474/2009 de 30 junio, 653/2009, de 22 octubre, 443/2010, de 14 julio, 727/2010, de 11 noviembre y 772/2010 de 22 noviembre, el cónyuge custodio y los hijos podrán ser desahuciados.

Para solucionar ese problema hace una interpretación *contra legem* del art. 96 CC, señalando que no solo puede atribuirse el uso de la vivienda familiar, sino de otra vivienda, algo que no prevé el ordenamiento jurídico y que, en casos como éste, afecta directamente a los derechos dominicales del cónyuge no custodio.

Como hemos comentado anteriormente la vivienda familiar tiene un régimen jurídico que no puede extenderse a otras viviendas —por ejemplo la aplicación del art. 1320 CC—, con independencia de las medidas que puedan acordarse para garantizar el derecho de los menores a una vivienda adecuada, como puede ser el aumento de las pensiones alimenticias para que los menores puedan procurarse una vivienda.

Por otra parte, la propia Sala, para justificar su decisión acude a la STS 191/2011, de 29 marzo, dictada en un caso en que la madre que ostentaba la guarda, había pasado a habitar con su hija una casa propia y el progenitor propietario pedía la devolución, y que dijo que «(...) cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas

sus necesidades de habitación a través de otros medios (...) no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia (...) La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC».

Pues bien, expuesta dicha doctrina, la Sala la considera plenamente aplicable al supuesto.

De todo lo dicho hasta ahora dos son los puntos en los que radica la contradicción del Tribunal Supremo:

1. Las SSTS 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 221/2011, de 1 abril, entienden que la aplicación del art. 96 debe ser literal sin que quepa una interpretación distinta a ésta y por tanto que al no establecer el art. 96 CC un límite temporal, éste no cabe.

Sin embargo, la STS, Sala Primera, de lo Civil, 695/2011, de 10 de octubre, hace algo más que una interpretación ajustada a la realidad social, sino que extiende su ámbito de aplicación a viviendas distintas de la familiar, lo que, a mi juicio, supone una interpretación *contra legem* del precepto no justificado por un interés del menor que puede ser atendido con otras medidas dentro de la legalidad.

Si, como dice la Sala, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), no parece que extender el ámbito de aplicación de la norma a otras viviendas cumpla dicho mandato constitucional.

En cambio entender que cabe un límite temporal cuando el precepto no habla de plazo, parece una interpretación posible y admisible dentro de las normas de la exégesis jurídica y tiene perfecta cobertura en el art. 3 CC relativo a la interpretación de las normas según la sociedad y el momento en que deben ser aplicadas.

2. En segundo lugar, la Sala se refiere a la sentencia 191/2011, de 29 de marzo, para justificar su postura pero, esa sentencia dice algo más, literalmente

que «la atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC».

Es decir, y ese es precisamente el argumento de las sentencias de las Audiencias Provinciales de Las Palmas, Valladolid y Gran Canaria para limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar; se debe evitar el abuso de derecho y que bajo el parapeto del interés del menor se frustren los legítimos derechos dominicales del cónyuge no custodio.

En definitiva, creo que el Tribunal Supremo, tratando de aplicar justicia, no cabe duda que lo hace, pero incurre en contradicciones en resoluciones muy cercanas temporalmente. Considero que la Sala erró cuando acabó con la corriente jurisprudencial que propugnaba la limitación temporal del uso de la vivienda familiar aunque hubiera hijos menores en determinados supuestos en los que estaba perfectamente asegurado el uso de una vivienda adecuada.

Dicha interpretación era perfectamente posible atendida la sociedad actual y la gran cantidad de familias en las que ambos progenitores trabajan y tienen medios propios de forma que el interés del menor no necesariamente pasa por el adjudicación del uso de la vivienda *sine die*, sino que caben posturas que concilien dicho interés con los derechos dominicales de ambos progenitores.

Considero humildemente que el Tribunal Supremo debe reconsiderar su postura ya que si permite una interpretación *contra legem* del precepto extendiéndolo a otras viviendas, de la misma manera debe permitir su interpretación conforme lo venían realizando algunas Audiencias Provinciales, permitiendo un límite temporal al uso de la vivienda. De lo contrario, con la actual doctrina casacional la injusticia y la inseguridad jurídica estarán servidas. ■

NOTAS

(1) Vid. STS, Sala Primera, de lo Civil, 236/2011, de 14 de abril, recurso 2176/2008.

(2) En la misma línea, meses más tarde se pronuncia la AP Valladolid (Sección 1.ª), 213/2010, de 9 de julio, recurso 198/2010.

Tribunal Supremo

TS Sala Segunda, de lo Penal, S 23 Dic. 2011

Ponente: Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo.

LA LEY 277380/2011

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Concurso ideal entre lesiones dolosas e imprudentes causadas a ex compañera sentimental por puñetazo en un ojo con resultado de ceguera total al carecer la lesionada de visión en el otro ojo

RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Alicante y confirma el fallo condenatorio por un delito de lesiones en concurso ideal con un delito de lesiones de pérdida de sentido de la vista por imprudencia.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 77, 147.1, 149 y 152.1.2 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

sumario

CONCURSO IDEAL.—Entre un delito de lesiones dolosas y otro imprudentes con pérdida del sentido de la vista.—Acción dolosa inicial contra ex compañera sentimental con producción de un resultado no querido y no abarcado por el dolo.—Imprudencia grave pues la lesionada carecía de visión en el otro ojo, y ello era conocido por el acusado.—El grado de probabilidad de producción del resultado no era elevado, lo que permite hablar de un resultado posible más que probable.

Aun siendo cierto que un puñetazo propinado sobre el rostro de una persona puede producir el estallido del globo ocular y la pérdida de un ojo, y se trata por tanto de un riesgo derivado de la acción agresora, lo relevante es determinar si la probabilidad de que se produzca ese resultado es muy elevada y entra por tanto dentro de lo probable, o si, por el contrario, es más bien escasa y solo entra dentro de lo posible. Y una vez esclarecido ese factor fáctico, se precisa dilucidar si ese nivel de riesgo era conocido por el acusado en el momento

de ejecutar la acción, es decir, ex ante, y pese a ello la ejecutó, asumiendo y aceptando así el resultado. Pues bien, en un importante número de puñetazos impactados contra el rostro de una persona muy pocos acaban con el estallido del glóbulo ocular, de tal forma que si bien el uso de cierta clase de instrumentos agresivos peligrosos (palos, piedras, objetos punzantes, etc.) generan con facilidad un riesgo elevado para la integridad física de los ojos, no puede decirse lo mismo sobre el impacto de un puñetazo en el rostro de una persona. Y si ello es así en el curso de una pelea o agresión perpetrada en condiciones normales, mayores dificultades tendría uno de los intervinientes en conseguir impactar contra la zona del ojo de su víctima en el caso de que la riña tuviera lugar en una habitación en penumbra y cuando todo apunta a que el agresor no tenía la intención de ocasionar graves menoscabos en la integridad física de la víctima. Por lo tanto, el grado de probabilidad de producción del resultado no era elevado, lo que permite hablar de un resultado posible más que probable. Siendo así, todo permite inferir que el grave resultado producido en el ojo de la víctima ha de atribuirse a un comportamiento imprudente y no doloso. Por lo cual, la conducta del acusado habría que considerarla como dolosa en cuanto a la acción de propinar el puñetazo a la víctima pero imprudente en lo que respecta al grave resultado final producido.

Audiencia Provincial de Les Illes Balears

APIB Secc. 2, S 4 Ene. 2012

Ponente: Gómez-Reino Delgado, Diego Jesús.

LA LEY 674/2012

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Exoneración de intereses moratorios a la aseguradora de la conductora que atropelló por segunda vez a un peatón después de ser arrollado por el conductor ebrio que la precedía

RESUMEN DEL FALLO:

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso contra la sentencia de condena del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Palma de Mallorca por delito de homicidio

laleydigitalconcursal.es

Cuenta con la firma de un gran especialista ante las constantes reformas legislativas

exactamente lo que necesita
en materia **concursal**

Coordinadora: **Juana Pulgar Ezquerra**

Catedrático de Derecho mercantil. Directora de la revista *Derecho Concursal y Paraconcursal*

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

Un paso
por delante

Más información en nuestro
Servicio de Atención al Cliente:
902 250 500 tel • clientes@laley.es

laleydigital.es
exactamente lo que necesita.

NUEVO



Audiencia Provincial de Zaragoza

APZ Secc. 5, S 19 Ene. 2012

Ponente: Martínez Areso, Alfonso María.

LA LEY 3269/2012

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Exención de responsabilidad a los administradores que incumplieron su deber de promover la disolución de la sociedad pero no causaron un perjuicio directo a los acreedores

RESUMEN DEL FALLO:

La AP Zaragoza revoca la sentencia del Juzgado y desestima la acción individual de responsabilidad de los administradores demandados.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 134 y 135 TR LSA (LA LEY 3308/1989); arts. 241, 363 y 365 TR LSC (LA LEY 14030/2010).

sumario

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—Acción individual de responsabilidad de los administradores.—Desestimación.—Incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad por pérdidas.—Inexistencia de perjuicio directo a los intereses de los acreedores.

En el caso, los actores formulan demanda tendente a la declaración de la responsabilidad de los administradores de una sociedad por la realización de actos que les perjudicaron. La demanda es desestimada. Dada la situación de absoluta insolvencia de la sociedad, los administradores debían haber acudido al concurso de acreedores o haber procedido a convocar junta de socios para que acordasen restaurar los fondos propios o la disolución de la sociedad. Ninguna de estas actuaciones realizaron los demandados, siendo su conducta, consistente en seguir adelante con la actividad social, reprimible por contraria al art. 365 TR LSC (LA LEY. 14030/2010). Ante esta omisión, no cabe duda que la sola continuidad de la actividad realizando pagos a unos acreedores en defecto de otros —los actores— supone per se un actuar antijurídico y culpable. Sin embargo, para que la acción prospere ha de acreditarse también que tal actuar tuvo como consecuencia un daño directo en el patrimonio de los actores. En este sentido, en una situación de fondos propios negativos, la anteposición de un acreedor sobre otro no suponía un perjuicio directo al acreedor preterido, pues el correcto cumplimiento de la normativa sobre sociedades exigía que se hubiese procedido a una liquidación ordenada tras la disolución social o una solución concursal, ambas de imprevisible resultado en cuanto al pago de la deuda de los actores, aunque sí puede anticiparse que ésta no se hubiera satisfecho toda, sino a lo sumo una parte de la misma. Por tanto, al no acudir a la disolución social, a la reconstitución del capital o al concurso, se produjo un perjuicio a la sociedad, así como refleja y genéricamente tal vez a los socios y terceros acreedores, pero en modo alguno un perjuicio directo y determinable, que es el que el art. 241 TR LSC exige, lo que supone la desestimación de la demanda.

imprudente y falta de homicidio imprudentes en tráfico, en el sentido de modificar el pronunciamiento de responsabilidad ex delicto.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Art. 20.8 LCS (LA LEY 1957/1980); arts. 379, 380, 381, 382 y 383 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

sumario

RESPONSABILIDAD EX DELICTO.—Por falta de homicidio imprudente de una segunda conductora que atropella a un peatón tendido en la calzada tras haber sido arrollado por el coche que la precedía.—Intereses moratorios.—Exoneración pese a la consignación parcial e insuficiente de la aseguradora.—Facultad de moderación por los Tribunales cuando esté fundada en una causa justificada.

En el caso, y con respecto a la conducta desplegada por la aseguradora Catalana Occidente, la misma no es merecedora de que se le impongan los intereses de recargo del art. 20 LCS. Había razones para que la misma se hubiera opuesto a la consignación incluso de la totalidad de las indemnizaciones originadas por el atropello de peatón fallecido, habida cuenta de que la responsabilidad de la conductora en ella asegurada resultaba más que discutible, e incluso desde el punto de vista de la causalidad jurídica (que no la material, ya que no cabe duda que atropelló por segunda vez al peatón después de que el otro conductor que circulaba delante lo hubiera arrollado cuando caminaba sobre el carril bici) la contribución de la misma al accidente no era merecedora de reproche penal alguno y tal vez así se hubiera declarado si este extremo hubiera sido motivo de recurso. Con independencia de que la combatida haya estimado probado que dicha conductora circulaba a una velocidad superior a la permitida y que lo hacía distraídamente, lo cierto es que la causa jurídica determinante y decisiva del accidente se debió única y exclusivamente a la conducta del primer conductor que circulaba con sus facultades volitivas e intelectivas gravemente mermadas por la ingesta previa de bebidas alcohólicas y en cantidad nada despreciable (0,96 miligramos por litro de aire espirado), tal que así si éste por perder el control y dominio de su vehículo no hubiera invadido el carril bici por el que transitaba el peatón, el segundo atropello, que se produjo ya sobre la calzada, con independencia de la velocidad a la que hubiera circulado la conductora asegurada en la entidad Lepanto y que su capacidad de reacción no fuera la cabía esperar, en modo alguno se hubiera producido.

Juzgado de lo Mercantil

JMER núm. 2 Bilbao, A 19 Ene. 2012

LA LEY 8924/2012

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Rechazo del cese cautelar de la exposición de obras de arte a través de la web del Museo Guggenheim de Bilbao

RESUMEN DEL FALLO:

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao desestima la solicitud de medidas cautelares coetánea a demanda sobre infracción de derechos de propiedad intelectual deducida por Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) frente a la Fundación Museo Guggenheim Bilbao.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Art. 150 LPI 1996 (LA LEY 1722/1996); arts. 726.2 y 728.1.2 LEC (LA LEY 58/2000).

sumario

PROCESO CIVIL.—Medidas cautelares.—Presupuestos.—Apariencia de buen derecho y peligro por la mora procesal.

Con arreglo al art. 728 LEC sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita, además, en su caso, de prestar caución adecuada, justifica: a) la apariencia de buen derecho —*fumus boni iuris*—, esto es, la probabilidad cualificada de que la demanda va a ser estimada, por lo que el solicitante deberá presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable a su pretensión; apariencia jurídica que supone que la existencia del derecho o interés jurídico afirmados han de parecer verosímiles, aludiéndose con ello a la existencia de «indicios claros favorables», sin que quepa exigir una plena declaración jurídica, pues en ese caso, el cautelar sustituirá al proceso principal, siendo bastante con la acreditación de la apariencia, de un juicio provisional favorable, dado que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso, y b) el peligro por la mora procesal —*periculum in mora*—, que se refiere al riesgo de que podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adaptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, y debe concretarse en un peligro actual que, reforzado por el tiempo que transcurrirá hasta que se dicte sentencia, pueda impedir la eficacia de la futura sentencia estimatoria. Ahora bien, en sede de propiedad intelectual, solicitándose como cautela la cesación de una actividad o su abstención, se trata de poner fin —provisoriamente— a un daño inmediato en el derecho cuya titularidad se afirma, por lo que cabe decir que lo que se persigue, y el legislador permite —art. 726.2 LEC—, más que asegurar la ejecución —propio de las medidas conservativas tradicionales—, es evitar el riesgo de que aumente ese daño.

En materia de propiedad intelectual.—Cese de la comunicación pública de las obras de varios creadores a través de la página web del Museo Guggenheim de Bilbao.—Se deniega su adopción a instancias de Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos.—Falta de *fumus boni iuris*.—Cesión por los creadores a la tenedora del Museo del derecho a la comunicación pública de las obras por medios electrónicos.

En el caso, en el marco de un procedimiento sobre infracción de derechos de propiedad intelectual, se solicita por Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos —VEGAP— frente a la Fundación Museo Guggenheim Bilbao la

adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la actividad de comunicación pública de las obras de 37 autores a través de la página web del Museo. Pues bien, en orden a apreciar si concurre el presupuesto de la apariencia de buen derecho, es de señalar que la legitimación de dicha entidad gestora no puede extender su autoridad sobre la obra de los creadores si resulta que existen contratos de éstos con terceros. Por tanto, con el carácter provisional e indiciario propio de la medida cautelar, hay que tener en cuenta que la actora aporta junto con su demanda los contratos de los 32 autores que se encuentran bajo su gestión, y en ellos consta que individualmente cada creador cede a la tenedora del Museo... «el derecho de comunicación pública de la obra... por medios electrónicos», actividad ésta que ha de reconocerse que ampara su uso en la web del Museo. Si esto no fuera así la entidad gestora ha tenido tiempo suficiente para recabar en sus archivos o de los creadores los contratos o explicaciones que permitieran desvirtuar el contrato celebrado en su día, la inmensa mayoría hace más de 10 años. Así las cosas, con la documentación que poseía la actora con anterioridad a la redacción de la demanda, no se puede asignar un juicio favorable o verosímil de la existencia del derecho afirmado cuando se limita a ampararse en su legitimación ex lege del art. 150 LPI 1996, pero calla qué cesión de derechos ostenta prioridad temporal en la pluralidad de contratos que aporta al procedimiento. La duda quedaría respecto de los creadores que la entidad demandada reconoce que no aporta contrato alguno, pero respecto de los cuales mantiene que posee autorización. Sin embargo, al no haber realizado la actora un mínimo esfuerzo probatorio de la contravención respecto de los contratos aportados, ha de entenderse que tampoco respecto de este grupo de autores ha justificado su derecho indiciariamente. En conclusión, la actora no ha aportado elementos de prueba que permitan fundar un juicio provisional e indiciario favorable a su pretensión.

Inexistencia de *periculum in mora*.—Consentimiento de la situación por la actora durante más de 10 años.—Ausencia de justificación del retraso de su pretensión.

El art. 728.1 párr. 2.º LEC establece que: «No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces». En el caso, en el que, en el seno de un procedimiento sobre infracción de derechos de propiedad intelectual, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos —VEGAP— solicita frente a la Fundación Museo Guggenheim Bilbao la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la actividad de comunicación pública de las obras de 37 autores a través de la página web del Museo, no se acierta a adivinar la razón por la cual durante más de 10 años VEGAP no ha realizado reclamación sobre el particular. La actora ha consentido esta situación durante largo tiempo, tan largo como años tiene el Museo de historia. Es un hecho notorio y público que en la sociedad actual una página web de un museo debe ser noticiosa para VEGAP. Y si se trata de un museo que trasciende, con mayor razón. Una mínima diligencia en la gestión de los derechos que tiene encomendados debe llevar a una visita rutinaria o chequeo del contenido de la web, y en este punto no pueden pasarse por alto tres cuestiones: a) que el Museo Guggenheim posee suficiente proyección exterior como para resultar ajeno a la entidad gestora especialista en la materia el contenido de su web; b) que las relaciones entre ambas partes no puede calificarse de amistosa, lo que permite exigir una mayor diligencia a VEGAP en el control de los derechos cuya gestión tiene encomendados con respecto a aquellos entes con los cuales la relación profesional se ha vuelto insostenible, y c) que poca convicción debía tener VEGAP para exigir lo que pretensionaba si desde el año 2009 no se ha vuelto a tener noticia de que, según un correo electrónico que envió a la subdirectora de exposiciones, necesitaba regularizar los usos de las obras de autores de su repertorio en la página web del Museo. La solicitante, pues, ha dejado huérfana de explicación el retraso de su pretensión, y por tanto, no se aprecia que concorra peligro por la demora en la adopción de la medida interesada.

Juzgado de lo Social

JS núm. 2 León, S 20 Feb. 2012

LA LEY 19855/2012

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

sumario

SALARIOS DE TRAMITACIÓN.—Aplicación inmediata del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado, que elimina el abono de salarios de tramitación en supuestos de despido improcedente sin readmisión.

En el litigio se trata la cuestión del abono de salarios de tramitación con arreglo al art. 55 ET 1995 (LA LEY. 1270/1995), en la redacción dada por el RDL 3/2012 de 10 Feb. (medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) (LA LEY. 1904/2012), para los supuestos, como el de autos, en el que se declara la improcedencia del despido y que el empleador no opte por la readmisión. Se entiende que esta norma es de aplicación inmediata y, por tanto, no habrían de abonarse. Y las razones esgrimidas son las siguientes: a) Porque la misma establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación, esto es el 12 de febrero de 2012; b) Porque en dicha norma, a diferencia de otras materias, y asimismo a diferencia de otras modificaciones pretéritas en materia de despido, no se contiene ninguna disposición transitoria al respecto; c) Porque la normativa que ahora se aplica tiene carácter sustantivo y no procesal. d) No se entiende que se trate de una aplicación retroactiva de una norma desfavorable que pudiera vulnerar el art. 2 CC, ya que se aplica la normativa sustantiva vigente en el momento de la calificación del despido por el Juzgador, es decir no se deja sin efecto por dicha norma calificaciones efectuadas al amparo de anterior normativa y e) Finalmente, esta es la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de dicha normativa, pues en definitiva toda ella pretende, de manera urgente e inmediata en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido improcedente. ■

Aplicación inmediata del Real Decreto Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma laboral que elimina los salarios de tramitación en caso de no readmisión

RESUMEN DEL FALLO:

El Juzgado de lo Social núm. 2 de León estima la demanda y declara la improcedencia del despido del trabajador, a la que en consecuencia condena a que dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia, y a su elección, opte por readmitir al actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad o por indemnizarle, y si se produjese la readmisión se deberán abonar los salarios de tramitación correspondientes.

DISPOSICIONES APLICADAS:

RDL 3/2012 de 10 Feb. (medidas urgentes para la reforma del mercado laboral); art. 2 CC (LA LEY 1/1889); art. 55 ET 1995 (LA LEY 1270/1995).

 **Wolters Kluwer**
España

Este es el fruto de la **ALIANZA** entre dos grandes Editoriales, para proveerle a Usted con el **mayor fondo editorial jurídico**





NUEVO



LA SUBASTA JUDICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

- Con acceso on-line a los formularios
- 2ª edición. Obra adaptada al Real Decreto-Ley 8/2011 y a la Ley 37/2011

Ahora con un **5% de descuento**

AUTOR: Joaquín de la Serna Bosch

Páginas: 522 • Encuadernación: Cartoné • ISBN: 978-84-9790-952-5

ADQUIERA SU EJEMPLAR. Servicio de Atención al Cliente 902 250 500

Consígalo también en Internet
<http://tienda.laley.es>





PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
e-mail: nbascones@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yepes, Javier Docasar, José Medina García, Ramón Zapata Julià

PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Silvia Mulet París, Laura Usera Macías

Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.





© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).

ISSN: 1138-9907

D.L. BI. 1223 1981