



diario

# LA LLEY

Año XXXV • Número 8272 • Lunes, 17 de marzo de 2014

[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



**Tribuna**  
*Responsabilidad patrimonial vs liquidaciones* **6**



**Doctrina**  
*Consumo y dinero en prisión* **11**

## sumario

- Tribuna**  
 La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real  
*Encarna CORDERO* **1**
- Responsabilidad patrimonial vs liquidaciones tributarias firmes ¿un debate erróneo?  
*Javier CÓMEZ TABOADA* **6**
- Doctrina**  
 Consumo y dinero en prisión  
*Eugenio ARRIBAS LÓPEZ* **11**
- Jurisprudencia**  
 Reembolso de las aportaciones sociales al cooperativista que se da de baja: improcedencia de la deducción por inversiones no amortizadas **18**
- La AN suspende cautelarmente la denegación de asilo al interesado, pendiente de extradición a la República de Kazajstán por el Gobierno de España **19**
- La AN absuelve a los padres de dos niñas nacidas y residentes en España a las que se practicó la ablación genital durante una estancia vacacional en Gambia **19**

## TRIBUNA

LA LEY 1183/2014

# La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real

Encarna CORDERO  
*Catedrática de Derecho Civil  
Of Counsel de Pérez-Llorca*

*El objeto de estas páginas es analizar cómo el régimen concursal y los jueces resuelven la ponderación entre el interés en la continuidad empresarial, manifestado en las normas que determinan la preferencia de la venta de unidades productivas sobre otras formas de enajenación de activos, y el interés de los acreedores con garantía real, concretado también en una serie de normas que regulan de forma fragmentaria los procesos de venta de activos en la fase común, en el convenio, y en la liquidación.*

### I. LAS LAGUNAS DE REGULACIÓN

La Ley Concursal muestra una decidida preferencia por que las diversas soluciones al concurso pasen por una venta de unidades productivas en la que en alguna medida esté asegurada la continuidad de la actividad comercial o profesional del concursado. Así sucede con las previsiones referidas a las enajenaciones que se contengan en la propuesta de convenio (art. 100.2 LC) y, sobre todo, con las disposiciones relativas a la liquidación, donde el plan deberá contemplar la enajenación unitaria siempre que sea factible (art. 148.1 LC) y, en ausencia de plan, habrá de procederse a la venta de unidades productivas, salvo que el juez considere más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de los elementos que la compongan (art. 149.1.1.ª LC). Es más, el solo hecho de que con la solicitud de concurso el deudor haya

presentado un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de unidad productiva es determinante de la aplicación del procedimiento abreviado (art. 190.3 LC), con el efecto de una tramitación acelerada con apertura inmediata de la fase de liquidación (art. 191 ter, regla 1, de la LC). También contamos con muchas experiencias judiciales sobre ventas unitarias en la fase común, verdaderas liquidaciones anticipadas realizadas al amparo de la autorización judicial del art. 43.2 LC (1).

Ahora bien, la mayoría de estas previsiones legales no determina qué sucede con la venta de unidades productivas cuando las mismas cuentan con activos sujetos a garantía real. Y, por tanto, las autorizaciones judiciales sobre liquidación anticipada de unidades productivas que, en su caso, proceda, tienen que darse sin que exista un régimen jurídico aplicable a estas enajenaciones (2). En efecto, la única norma



**Tribunal Constitucional**  
**la sentencia del día**  
*El TC reconoce discriminación por razón de sexo en el cese de una miembro del CNI embarazada*  
Ponente: González Rivas, Juan José **8**

reguladora de esta cuestión está referida a la liquidación sin plan, y se establece que la enajenación de activos gravados habrá de realizarse conforme a lo establecido en el art. 155.4 LC (art. 149.1.3.ª LC), sin que tampoco en esta sede se regule cómo ha de conjugarse este modo de realización con la venta unitaria que se ordena con carácter preferente en el art. 149.1.1.ª LC.

**Cuanto menores sean las posibilidades de recobro que proporcione la garantía ofrecida en una determinada operación, menores serán los incentivos que la entidad tendrá para financiarla**

Lo cierto es que el régimen concursal aplicable a la enajenación de activos es de difícil interpretación, debido sobre todo a la fragmentación y solapamiento entre las reglas correspondientes a diversos estadios y a distintos aspectos regulatorios del procedimiento, que hacen extremadamente compleja la visión conjunta de esta materia desde estos diversos prismas regulatorios. Por ejemplo, se regulan por un lado los efectos que el concurso ha de tener sobre las facultades ejecutivas de los acreedores con garantía real (arts. 56 y 57 LC) y, sin embargo, no se especifica en los preceptos relativos a la enajenación de activos en la fase común (arts. 43 y 44 LC), en el convenio (art. 100.2 LC) y en la liquidación (arts. 148 y 149 LC), si estas ventas han de verse afectadas y cómo por las ejecuciones de garantías reales en curso. Es más, no sabemos si las reglas que rigen la enajenación de activos gravados con garantía real (el art. 155.4 LC) se aplican sólo a la liquidación que se realice sin plan, pues sólo en este caso se determina expresamente una remisión a esta norma (en el art. 149.1.3.ª LC), o si también han de regir la enajenación de activos gravados prevista en el convenio, en el plan de liquidación o la que se realice durante la fase común. Y, por cierto, tan descoordinados están en este extremo los diversos bloques normativos, que tampoco determina la Ley Concursal si las limitaciones para la enajenación de activos gravados del art. 155.4 LC han de aplicarse a las enajenaciones que se realicen en el curso ordinario de los negocios comprendidas en el art. 43 LC (3), donde, sin embargo no cabrá una venta de unidad productiva, que durante la fase común habrá de ser autorizada por el juez (art. 43.2 LC). Finalmente, ni siquiera establece la Ley Concursal la necesidad de cancelar las garantías reales cuando se ha procedido

a la liquidación de los activos gravados, pues la única norma relacionada con esta materia regula la cancelación de cargas anteriores al concurso que se refieran a créditos que no tengan privilegio especial (art. 149.3 LC).

Ante tamaño desorden normativo y falta de regulación de extremos tan relevantes para la seguridad de las garantías reales no es de extrañar que, en un esfuerzo loable por proporcionar seguridad jurídica, hayan proliferado las puestas en común de opiniones o las manifestaciones doctrinarias de jueces y magistrados encargados de su aplicación diaria.

Es evidente que todas estas incertidumbres, y otras a las que nos referimos en las páginas que siguen, no facilitan la venta de activos (ni siquiera como venta unitaria), pues el comprador no sólo se expone a una venta que puede ser anulada por inobservancia del procedimiento aplicable, sino, lo que es más grave, a la sorpresa de que subsistan y le sean oponibles las garantías reales constituidas por el concursado cuya cancelación estaba prevista en el plan de liquidación (4).

Además, las incertidumbres sobre el régimen aplicable a la enajenación de activos gravados tienen otra consecuencia negativa también para el concursado y los llamados intereses del concurso, pues las inseguridades sobre la validez de los actos de disposición de activos no facilitan que se produzcan enajenaciones a terceros que pueden ser ventajosas para todos, incluidos los acreedores garantizados. En este sentido, la eventualidad de que pueda ser ineficaz —y las consecuencias de tal ineficacia, sobre las que también gravitan serias incertidumbres (5)— una liquidación anticipada producida al amparo de la vía (aparentemente inadecuada) (6) de la autorización judicial contemplada en el art. 43.2 LC, o la posible ineficacia de una enajenación por las dudas sobre el régimen aplicable a estos actos de disposición previstos en el plan de liquidación, así como también las incertidumbres sobre si el plan de liquidación puede determinar o no la extinción de garantías, son todas ellas circunstancias que no propician la venta de activos y, en todo caso, también el precio que estos adquirentes estén dispuestos a pagar habrá de reflejar el riesgo derivado de estas incertidumbres legales.

Finalmente, las dudas que plantea la Ley Concursal en aspectos tan esenciales menoscaban la suficiencia de las garantías reales, precisamente en un momento en que la falta de liquidez del deudor hace más improbable que pueda cumplir con las obligaciones aseguradas. Por ejemplo, como veremos, la Ley ha propiciado que el acreedor garantizado no pueda confiar en que la garantía sea resistente al plan de liquidación que prevea una cancelación del gravamen no vinculada al pago del crédito privilegiado (7). Y es que la eficiencia

de las garantías es, por encima de todo, una aspiración cuyo logro es conveniente también para los intereses de los deudores (también futuros) en su conjunto, pues no hay que olvidar que de la suficiencia de las garantías depende el coste y la posibilidad misma de financiación, lo que afecta significativamente a la financiación bancaria. En este sentido, cuanto menores sean las posibilidades de recobro que *realmente* proporcione la garantía ofrecida en una determinada operación, menores serán también los incentivos que la entidad tendrá para financiarla, habida cuenta de los equilibrios financieros exigidos en la normativa sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito.

## II. EL PROBLEMA DE LOS ACTIVOS SUJETOS A EJECUCIÓN SEPARADA

De acuerdo con el art. 56.1 LC, si bien la declaración de concurso determina, con algunas exclusiones (8) y salvo que el concursado sea tercer poseedor (art. 56.4 LC) (9), la paralización de los procedimientos de ejecución instados por el acreedor garantizado que tengan por objeto bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva (art. 56.1 LC), lo cierto es que la ejecución podrá continuar una vez que se haya aprobado un convenio que no haya sido consentido por el acreedor garantizado (cfr. arts. 123 y 134.2 LC), o haya transcurrido más de un año desde la declaración de concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación, caso éste último en que la ejecución continuará ante el propio juez del concurso (arts. 8 y 57.1 LC) (10), quien deberá tramitarla en pieza separada previa solicitud del acreedor afectado (en otro caso, precluirá su derecho a la ejecución en pieza separada, cfr. art. 51.3 LC), acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

La cuestión es en qué medida la ejecución separada de las garantías reales puede afectar a la venta unitaria con activos gravados que se proyecte en alguna de las fases del procedimiento concursal. Por ejemplo, ¿podrá el juez mercantil continuar con la ejecución separada una vez que se haya aprobado el plan de liquidación? Si ya transcurrió más de un año desde la declaración de concurso y el acreedor garantizado solicitó la reanudación de la ejecución, ¿podrá autorizarse una venta unitaria en la fase común?

Se trata de una cuestión que no aparece regulada en las escasas normas que regulan la venta de unidad productiva. La regulación concursal es fragmentaria en este punto y lo cierto es que el derecho a la ejecución separada reconocido en los términos del art. 57.1 LC no está conectado con los modos de realización colectiva regulados en los arts. 148 y

149 LC. No dice la norma si el conflicto habrá de resolverse determinando la pérdida de la facultad de ejecución separada cuando se autorice la venta en la fase común, en la de convenio o en la liquidación; si habrá de prevalecer la venta unitaria; o si, por el contrario, cada procedimiento continuará su tramitación independiente, y la cuestión será decidida por una regla de prelación temporal por la que, por ejemplo, ya no fuera posible continuar la ejecución separada si el bien gravado hubiera sido liquidado conforme a los arts. 148 y 149; y a la inversa, en el procedimiento de realización colectiva de unidades productivas deberán excluirse los bienes gravados que ya hubieran sido objeto de ejecución separada una vez finalizado el procedimiento correspondiente, con la posibilidad de una frustración de la venta unitaria si la unidad productiva no puede subsistir sin el activo gravado.

Hasta la fecha los Tribunales no han considerado que el conflicto deba resolverse en contra de los acreedores garantizados. Así, por ejemplo, en el AAP Sevilla, Secc. 5.ª, de 12 de noviembre de 2012 se consideró que, pese a la aprobación del plan de liquidación, la ejecución separada debía continuar sin verse entorpecida por lo previsto en el plan (11).

### III. PROCEDIMIENTO APLICABLE A LA VENTA UNITARIA CON ACTIVOS GRAVADOS

Aunque, como hemos expuesto, existen diversas previsiones legales relativas a la preferencia de la venta de unidades productivas sobre otras formas de enajenación de activos, sin embargo, no existe norma alguna que regule con carácter general cuál ha de ser el procedimiento a través del cual se proceda a la venta unitaria, ni cómo, en su caso, han de verse realizados a través de este procedimiento los intereses de los acreedores con garantía real. Ninguna previsión específica se contiene en el art. 43.2 LC (para las ventas en fase común), ni en el art. 100 (para las ventas en fase de convenio). Sí existe alguna regla sobre este extremo en el capítulo destinado a la liquidación, en el art. 155.4 LC, norma que, pese a su ubicación sistemática, se declara aplicable a la realización «en cualquier estado del concurso» de bienes derechos afectos a créditos con privilegio especial. Y también en sede de liquidación (sin plan) el procedimiento de realización está regulado en el art. 149 LC. Ahora bien, este escueto marco normativo no sólo es criticable por su contenido (pues la subasta es un modo inadecuado para realizar garantías que tienen por objeto valores o créditos) y extremadamente confuso (ya que, finalmente, queda sin explicarse si el único procedimiento aplicable es la subasta o si caben también las restantes formas de realización contempladas en la LEC) (12), sino que, además, ni siquiera se especifica que este modo de realización de

bienes gravados sea aplicable asimismo a la liquidación que se efectúe conforme al plan de liquidación, pues el art. 149 LC citado es de aplicación supletoria (13) («de no aprobarse un plan de liquidación») y el art. 148 LC no contiene ninguna disposición al respecto.

No existe consenso —ni entre los autores (14), ni en los Tribunales (15)— sobre si las limitaciones establecidas en el art. 155.4 LC han de regir también las enajenaciones que se hagan conforme al plan de liquidación. Ahora bien, el problema que realmente plantea la aplicación del art. 155.4 LC es que el mismo puede determinar la inviabilidad de la liquidación, por falta de compradores interesados en pagar el premio mínimo que establece la norma. Los tribunales han creado una regla adicional para evitar este resultado: se ha considerado que, pese al silencio de la norma sobre esta situación, y con el fin de que pueda llegarse al fin de la liquidación, es procedente que en segunda y posteriores subastas se admita cualquier postura, aunque no alcance los importes mínimos de adjudicación establecidos en los arts. 670 y 671 LEC (16). En todo caso, esta enajenación residual sin sujeción a precio mínimo únicamente será adecuada si la parte del precio conjunto que corresponda al acreedor privilegiado no es inferior a lo que se hubiera obtenido con la venta individual del bien gravado, pues entonces éste es uno de los casos en los que el juez debería haber estimado que la venta unitaria no era factible (17).

### IV. ¿CABRÍA ACORDAR UNA ASUNCIÓN LIBERATORIA DEL ADQUIRENTE CONFORME AL ARTÍCULO 155.3 LEY CONCURSAL?

El art. 155.3 LC permite al juez autorizar que la enajenación de activos se realice con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, lo que podrá acordarse «cuando haya de procederse dentro del concurso... a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial». De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación

se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Lógicamente, la pregunta por la aplicación de esta norma sólo tiene sentido con respecto a garantías reales que están dotadas de reipersecutoriedad, lo que no sucede con las que se constituyen sobre mercaderías (art. 22 LHM), ni con la prenda sin desplazamiento de la posesión, que carece de efectos reipersecutorios en caso de enajenación de los activos gravados (18). En estos supuestos, la adquisición por el tercero no determina ni liberación del deudor, ni la extinción de la garantía, que subsiste sobre las nuevas mercaderías que sustituyan a las enajenadas, pero ya no sobre las vendidas.

Aunque en ocasiones se ha estimado que el art. 155.3 LC contiene una facultad de aplicación generalizada, tanto a los casos englobables en el art. 43.2 LC, como a las enajenaciones liquidatorias, lo cierto es que, en contra de lo que parece indicar la DGRN (19), la excepcionalidad de la norma —que entraña una asunción liberatoria sin consentimiento del acreedor, en contra de lo previsto en el art. 1205 CC— no permite una aplicación extensiva más allá de la hipótesis legalmente prevista. Obsérvese, además, lo singular que resulta que en sede de liquidación se prevea la posibilidad de que el producto de la venta del bien gravado no sea destinado al pago del acreedor garantizado, sino a cualquier otra finalidad. Todas estas razones permiten considerar que la asunción liberatoria prevista en el art. 155.3 LC sólo debería aplicarse a las enajenaciones a las que «haya de procederse» dentro del concurso, es decir, a las enajenaciones forzosas de los bienes gravados (sea cual sea su tramitación), pues únicamente éstas «han» de tener lugar con carácter obligatorio para el ejecutado (20).

### V. VENTA UNITARIA Y PAGO AL ACREEDOR GARANTIZADO

Una cuestión de enorme complejidad, que tampoco resuelve la Ley Concursal, es cómo se ha de distribuir el importe del precio obte-



nido en la enajenación de la unidad productiva cuando existen privilegios especiales sobre alguno o algunos de los activos que la integran. Considero que la regla aplicable no ha de ser dudosa cuando la garantía recae precisamente sobre la unidad productiva como un todo (como sucede con la hipoteca de establecimiento mercantil), pues es claro entonces que no es necesario distribuir el importe pagado por el comprador, sobre el que tendrá absoluta preferencia el acreedor con privilegio especial sobre la unidad (cfr. art. 155.1 LC). Si la garantía recae sobre elementos aislados integrados en una unidad productiva, deberá indicarse (en el auto del art. 43.2 LC, en el convenio o el plan de liquidación) cómo se distribuye el importe obtenido en la enajenación unitaria (21) o, como estima el TS, la parte proporcional del precio obtenido por la realización conjunta de activos, que corresponda al bien garantizado cuando se haya enajenado con otros bienes (22). En todo caso, como ha considerado la doctrina, esta parte proporcional que corresponda al acreedor garantizado no deberá suponerle una recuperación de crédito inferior a la que obtendría en caso de venta

individual del bien sobre el que recae el privilegio (23). En cualquier caso, como se ha considerado, no existirá contravención de la *par conditio creditorum* por el hecho de que el comprador sólo asuma unos créditos y no otros, pero sí tiene que ver con la *par conditio* el reparto del precio obtenido entre los acreedores, que habrá de hacerse con arreglo a las normas de prelación establecidas en la Ley Concursal (24). Contamos ya con algunas experiencias judiciales sobre cómo puede procederse a la distribución del precio obtenido (25).

## VI. FINALMENTE, ¿PUEDE ORDENARSE LA CANCELACIÓN DE LA GARANTÍA SIN QUE EL ACREEDOR GARANTIZADO HAYA COBRADO?

Un extremo fundamental para diseñar una estrategia liquidatoria de los activos es si las cargas van a subsistir o no tras la enajenación. La Ley Concursal sólo establece que la liquidación (que se haga sin convenio) permitirá cancelar las cargas anteriores a la declaración

de concurso que no tengan privilegio especial, pero nada establece sobre las cargas relativas a garantías reales. Ni siquiera ordena la cancelación el art. 155.4 LC cuando regula las diversas medidas a través de las cuales puede lograrse la satisfacción, siquiera sea parcial, del crédito garantizado.

Este clamoroso silencio legal ha permitido que, en alguna ocasión, se haya considerado que las garantías deberán cancelarse por el solo hecho de que lo prevea así el plan de liquidación, aunque no haya existido pago a los acreedores (26). Se trata de un pronunciamiento que ha sido casado por el TS en sentencia de 23 de julio de 2013 (27). Se trata de un pronunciamiento correcto, pues es claro que si la Ley Concursal no permite que las garantías ni el crédito asegurado se vean afectadas por el concurso en cuanto a su existencia y cuantía sin consentimiento del acreedor garantizado (ni siquiera el convenio le vincula si decide no adherirse), mucho menos habrán de verse menoscabados en la existencia de su derecho de garantía por una decisión de la administración concursal que proponga el plan de liquidación. ■

## NOTAS

(1) Entre muchos otros, AJM núm. 8 de Madrid, de 20 diciembre 2013 (concurso del grupo Blanco), AJM núm. 2 de Madrid, de 23 mayo 2005; AJM núm. 6 de Barcelona, de 7 noviembre 2011 (concurso de Cacaolat, AAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 6 de febrero de 2012).

(2) Significativas a este respecto son las consideraciones vertidas en el AJM núm. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013 (concurso del grupo Blanco).

(3) A juicio de la DGRN, no se aplican (Resolución de la DGRN 4 de octubre de 2012).

(4) Cfr. el caso de la STS 23 de julio de 2013.

(5) A diferencia del acabado régimen de la rescisoria concursal (arts. 71 y ss. de la LC), la Ley Concursal carece de una regulación completa, y mucho menos general, para los actos de disposición que se realicen contraviniendo el régimen legal, sea por el concursado (arts. 40.1, 137.2, 155.2, 172.2.2.º LC, 13.2.º CCom., 213 de la Ley de Sociedades de Capital), sea por la administración concursal (arts. 40.2, 155.3 LC). A estas consecuencias específicamente concursales habrán de sumarse los remedios propios derivados del régimen general de obligaciones y contratos (la acción pauliana ordinaria, la nulidad absoluta por causa ilícita del contrato realizado para lesionar a la masa). Sobre ello, vid. CORDERO LOBATO, «Concursado e inhabilitado para el ejercicio de comercio», *Tratado de compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA (dir.), 2013.

(6) De todos modos, algunos autores se muestran decididamente partidarios de considerar que en el art. 43.2 LC cabe una autorización judicial para una enajenación liquidatoria, que habría de observar el procedimiento de realización de bienes de la LEC (LEBOT MAJO, «Enajenación

real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, págs. 39 y ss.

(7) En la SAP Lugo de 29 abril 2011, casada por la STS 23 de julio de 2013.

(8) No se paralizan, por ejemplo, las ejecuciones de garantías financieras del RDL 5/2005, las de los acreedores con privilegio especial sobre buques y aeronaves (en los términos del art. 76.3 LC) y otros regímenes especiales (cfr. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.ª ed., 2008, pág. 91).

(9) Seguramente la norma también es aplicable al hipotecante por deuda ajena, cfr. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía...*, pág. 99.

(10) Incluso aunque se haya omitido la resolución relativa al carácter necesario o no de los bienes, cfr. Resoluciones de la DGRN de 8 de noviembre de 2012 y de 30 de octubre de 2013.

(11) AAP Sevilla, Secc. 5.ª, de 12 de noviembre de 2012, aprobado el plan de liquidación el juez mercantil ha de continuar la ejecución, que no se verá entorpecida por lo previsto en el plan de liquidación: «... una vez aprobado el plan de liquidación...» el art. 57 prevé que puedan iniciarse o reanudarse, tramitándose al tal efecto la oportuna pieza separada, que se acomodará al procedimiento judicial correspondiente. En el supuesto analizado en la presente alzada, resulta que ha finalizado la fase en la que se podía haber aprobado un convenio, sin resultado, y se ha abierto la fase de liquidación. En definitiva, han desaparecido los inconvenientes para la satisfacción del acreedor privilegiado con el bien afecto a su garantía. En estas circunstancias, la única decisión asumible es continuar la ejecución de esa garantía real [...] acumularlo al presente concurso y continuar su tramitación en pieza

separada, que no es más que aplicar lo dispuesto en el apartado tercero del art. 57 LC. En resumen, se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 155.1.º, dado que se trata de satisfacer un crédito con privilegio especial con el bien afecto. Acceder a la pretensión de los recurrentes, supondría menospreciar, desdeñar e incluso postergar un derecho real de garantía, cuyo contenido es de sobra conocido, en cuanto que atribuye al acreedor acción directa sobre el bien, de modo excluyente, sobre los demás acreedores, para realizar su crédito. Entendiendo en todo caso, que se ha de cumplir las prescripciones del citado art. 155, en la realización del bien afecto».

(12) El párr. II de la regla 1.ª del art. 149.1 LC dispone que la enajenación del conjunto o de cada unidad productiva se hará mediante subasta, y si ésta queda desierta el juez podrá acordar la enajenación directa. Pero la regla 3.ª del art. 149.1 LC establece que la enajenación de «los bienes a que se refiere la regla 1.ª, así como los demás bienes y derechos del concursado» se realizará conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. Finalmente, la enajenación de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial queda remitida a la subasta (cfr. la remisión que el art. 149.1.3.ª hace al art. 155.4 LC). Seguramente la opción más sensata pasa por interpretar que las normas que han de regir la ejecución con carácter general en las reglas 1.ª y 3.ª del art. 149.1 LC son siempre las que regulan el procedimiento de apremio en la LEC, por más que en la regla 1.ª sólo se contemple la subasta. Pero incluso esta opción no deja de plantear problemas de encaje normativo.

(13) Cfr. BELTRÁN, «Comentario al art. 148», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO Y BELTRÁN (dir.), t. I, 2004, pág. 2369; QUICIOS MOLINA, «Comentario al art. 155», *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ, t. II, 2004, pág. 1665; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI,

«Operaciones de liquidación», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN Y GARCÍA CRUCES (dir.), t. II, 2012, pág. 2125.

(14) A favor de la aplicación de las limitaciones del art. 155.4 LC a toda enajenación liquidatoria, BELTRÁN, «Comentario al art. 148», cit., t. I, pág. 2369. En contra, MORALEJO IMBERNÓN, «Comentario al art. 148», *Comentarios a la Ley Concursal*, RODRIGO BERCOVITZ (coord.), 2004, t. II, pág. 1591; VEIGA COPO, «Operaciones de liquidación», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN Y GARCÍA CRUCES (dir.), t. II, 2012, pág. 2235.

(15) A favor de aplicar el art. 155.4 LC a toda enajenación liquidatoria: AJM Santander, de 10 de diciembre de 2007, AAP Pontevedra de 27 de septiembre de 2011, AJM Madrid de 24 de junio de 2013, entre otros. En contra: AJM Alicante, de 13 de diciembre de 2013.

(16) Así, de acuerdo con el AJM Madrid, de 4 de septiembre de 2013: «la necesaria realización de los bienes de la concursada en el plazo de un año, el pago a los acreedores concursales y contra la masa y la terminación del concurso exigen la inaplicabilidad dentro del concurso del ap. 2.º del art. 671 LEC, por lo que de no optar el acreedor hipotecario por la adjudicación del bien, en interés del concurso y de los acreedores, debe procederse a la venta del bien por el tipo que resulte de la subasta, sea cual fuera su importe y porcentaje respecto al valor del bien del inventario a que se refiere el art. 82 LC; de lo que resulta que la incomparecencia de la entidad acreedora hipotecaria al acto de la subasta o su comparecencia sin la realización de posturas admisibles [670.1 y 4 LEC] o sin solicitud de adjudicación [art. 671 LEC] permitirá su realización por el precio que el mercado determine, tal como recoge la reglamentación de la subasta propuesta por la Administración concursal; sin perjuicio de calificar como ordinario el importe del crédito no cubierto por el precio de realización...». También el AJM Madrid de 24 de junio de 2013: «En un intento de armonizar ambas regulaciones debe entenderse, a criterio de éste Tribunal, que si bien en supuestos de realización colectiva concursal fuera de convenio y por el cauce de la pública subasta judicial o extrajudicial de bienes hipotecados la entidad financiera acreedora hipotecaria se encuentra amparada por la extraordinaria facultad legal de oponerse a la realización de los bienes por un importe inferior a la tasación pactada en escritura de constitución de la garantía [—anteponiendo con ello su exclusivo interés y beneficio al de los demás interesados en la liquidación—], ello debe armonizarse con las finalidades propias del concurso y la necesaria liquidación de bienes en todo caso, lo que exigirá que en segundas y ulteriores subastas sea admisible cualquier postura, por mínima que sea, so pena de autorizar un uso abusivo de tal exorbitante facultad de veto y entorpecer el fin de la liquidación o imponer un modo de realización perjudicial para la masa; debiendo la acreedora hipotecaria acudir al cauce de oposición del art. 670.4.III LEC y el tribunal a los parámetros allí expuestos para aprobar aquel remate, sea cual fuera su importe y porcentaje». En un sentido parecido, también el AJM Vigo de 13 de febrero de 2012.

(17) Cfr. VEIGA COPO, «Operaciones de liquidación», cit., pág. 2242.

(18) CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, 2.ª ed., t. II, 2008, pág. 387.

(19) Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 2012: de acuerdo con esta resolución, el art. 155.3 constituye una «modulación del principio general (art. 43.2). Es decir, que el precepto en cuestión (art. 155.3) se limita (para los casos en que sea necesaria la autorización judicial porque no concurre ninguna de las excepciones legales) a determinar el contenido de esa autorización y sus consecuencias según los casos».

(20) CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía...*, cit., pág. 343. En contra, considerando que el art. 153.3 LC no se aplica a las ejecuciones forzosas sino a las voluntarias, CABANAS TREJO, «Transmisión de los bienes hipotecados en el concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 2013, pág. 4.

(21) VEIGA COPO, «Operaciones de liquidación», cit., pág. 2236, quien se muestra coincidente con el criterio expresado sobre este extremo por los jueces mercantiles de Cataluña (seminario de 23 de marzo de 2011, sobre operaciones de liquidación).

(22) STS de 23 de julio de 2013.

(23) Conclusiones del seminario de los jueces de lo mercantil de Cataluña, de 23 de marzo de 2011, sobre criterios relativos al plan y operaciones de liquidación. También VEIGA COPO, «Operaciones de liquidación», cit., pág. 2242.

(24) AJM núm. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013 (concurso de Blanco)

(25) En la SAP, Secc. 15, de 11 de marzo de 2013: se cuenta cómo se había hecho en instancia por el juez mercantil: «el juez constata que el plan contiene una regla de distribución del precio obtenido, para lo cual (i) se han valorado individualmente los lotes que componen la unidad productiva (ii) se ha calculado el porcentaje que representan los bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial... (iii) se ha aplicado el porcentaje al total del precio ofertado (...).» La cifra que resulta se distribuye entre los acreedores privilegiados en proporción a sus créditos y el resto se integra en la masa activa para el pago conforme a las reglas de la LC.

(26) Se trata de la SAP Lugo de 29 de abril de 2011, donde se estimó que: «la ausencia de remisión en el 148 en contraste con la remisión del art. 149, permite inferir lógicamente la inaplicación de lo dispuesto en el art. 155.4 cuando existe Plan de Liquidación y éste es aprobado. La justificación de tal diferencia encuentra fácil explicación en la incentivación de la venta en globo con conservación de la empresa y los trabajadores. Para que ello no provoque un perjuicio a los acreedores, en especial a los privilegiados, se concede la posibilidad de que se dé audiencia a éstos haciendo observaciones al Plan para evitar que se desconozcan en el mismo sus privilegios. En el caso enjuiciado, como ya dijimos, no sólo se dio traslado del Plan, sino que el Juzgado hizo lo propio con la Oferta presentada, trámite que no estaba previsto pero que redundaba, sin duda, en unas mayores garantías puesto que dicha oferta ya concretaba la forma de pago a los acreedores con privilegio especial (entre otras disposiciones) respetando como no podría ser de otra forma su preferencia según el orden legal. El total silencio de los acreedores llevó al Juzgado a aprobar también esa Oferta por lo que mal pueden venir ahora los acreedores que no ejercitaron su derecho a hacer observaciones a plantear una cuestión como la aquí debatida cuando tal oportunidad ha precluido. Bastaría

haber señalado que en la escritura de venta de los activos los liquidadores efectuasen esa reserva, lo que sin duda habría sido aprobado por el Juzgado y permitiría al ofertante, decidir si con tal reserva sobre el mantenimiento o subrogación de la carga hipotecaria, le interesaba o no mantener su oferta, siendo perfectamente legítimo el desistimiento con lo que se abrirían las reglas supletorias de los arts. 149 y ss. Como ello no fue así, los liquidadores vendieron en las condiciones ofertadas y aceptaron que la venta fuese sin subrogación por lo que no puede sorprenderse ahora a la entidad compradora con una carga que no asumió... Pero es que además la oferta contempla una forma de pago razonable a los acreedores dentro del complejo equilibrio de intereses que siempre comporta un procedimiento de este tipo. No estamos, por tanto, abocando a los acreedores a perder su crédito sino únicamente a perder la anotación hipotecaria que pudieron hacer prevalecer, pero dejaron de hacerlo, lo que no puede comportar que no exista un compromiso de abono de las cuotas pactadas que cuenta con la garantía de una empresa en funcionamiento... Desde esta perspectiva no puede haber subrogación pues el que compra lo hace libre de cargas y así lo señalan los Administradores, sin perjuicio de que el importe de la venta se dedique a respetar la preferencia de estos acreedores».

(27) De acuerdo con esta sentencia, «... si se opta por la realización del bien hipotecado, aisladamente o con otros activos del deudor, con lo obtenido (el precio alcanzado con la realización o venta del bien, si se enajenó aisladamente, o la parte proporcional del precio obtenido por la realización conjunta de activos, que enajenada al bien garantizado, cuando se haya enajenado con otros bienes) deberá pagarse el crédito garantizado con la hipoteca (art. 155.1 LC), y esta realización dará lugar a la cancelación de la carga. Sin perjuicio de que la parte del crédito hipotecario no satisfecho con lo obtenido por la realización del bien hipotecado, continuará reconocido dentro de la masa pasiva del concurso, con la calificación que corresponda.

Pero si se opta... por la realización del bien hipotecado con otros activos, con la subrogación del adquirente en los tres créditos garantizados con la hipoteca, que quedan excluidos de la masa pasiva, entonces debe entenderse que se hizo con «subsistencia del gravamen», conforme al ap. 3 del art. 155 LC, por lo que no cabe acordar su cancelación. El plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el art. 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el art. 155 LC.

El plan de liquidación hubiera podido prever el levantamiento de la carga hipotecaria si con la venta del bien gravado se hubiera abonado, hasta donde se pudiera, el crédito garantizado, sabiendo que el resto del crédito no satisfecho permanecería reconocido en la masa pasiva del concurso, con la clasificación que pudiera corresponderle. Pero si el plan de liquidación opta por la venta del bien con subrogación del adquirente en la deuda garantizada con la hipoteca, y por lo tanto con la exclusión del crédito de la masa pasiva, en ese caso, el plan no puede impedir la subsistencia de la carga, que continuará garantizando el pago del crédito hipotecario, esta vez por parte del adquirente del bien que se subroga en la deuda».



## Tribuna

Responsabilidad patrimonial vs liquidaciones tributarias

### LA LEY 1184/2014

# Responsabilidad patrimonial vs liquidaciones tributarias firmes ¿un debate erróneo?

Javier GÓMEZ TABOADA

Abogado tributarista. Socio de MAIO LEGAL ([www.maiolegal.com](http://www.maiolegal.com))

*Cuando se declara, formalmente, la vulneración de las disposiciones comunitarias por parte de la normativa tributaria interna, se suscita el debate de si los contribuyentes afectados por esa violación tienen derecho a verse resarcidos en los perjuicios sufridos instando, a tal efecto, el oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Y es en el seno de estos procesos donde se genera la controversia aquí planteada: si la aquiescencia de los contribuyentes con las liquidaciones giradas por la AEAT en ejecución de la Decisión de la Unión Europea constituye un impedimento para ser legítimos acreedores de tal indemnización.*

Es bien sabido que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por los daños que traigan causa de una vulneración de la normativa comunitaria, la STS de 17 de septiembre de 2010 marcó un punto de inflexión pues no sólo reconoció el derecho del contribuyente a ser indemnizado sino que, además, aclaró que para ser acreedor de ese resarcimiento era del todo indiferente que aquel no hubiera impugnado las actuaciones que traían origen de la norma interna contraria a las disposiciones de la Unión Europea.

En efecto, mediante aquella sentencia del TS se rectificó la jurisprudencia previa que sostenía que «el aquietamiento del particular con los actos aplicativos de una norma declarada (...) contraria al Derecho Comunitario le impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por rotura del nexo causal», siendo así que la interpretación ahora vigente (tras el previo pronunciamiento expreso del Tribunal de Luxemburgo de 26 de enero de 2010, contestando a una cuestión prejudicial específicamente planteada sobre este extremo) es que «no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial (...) el hecho de que no impug-

nara las liquidaciones tributarias (...) en las que se había aplicado la regla (...) declarada contraria al Derecho comunitario».

A los efectos aquí expuestos cabe recordar que aquella sentencia del TS resolvía el caso relativo al perjuicio causado por la Ley del IVA (Ley 37/1992) cuando penalizaba la deducibilidad de las cuotas soportadas por sujetos pasivos que hubieran percibido subvenciones. Así pues, lo que el TS desvirtuó fue la tesis (sostenida por la Agencia Tributaria; AEAT) de que el aquietamiento inicial del contribuyente al no autoimpugnar sus autoliquidaciones (o, incluso, las actuaciones administrativas) en las que se aplicó aquella perniciosa norma interna le privaba de su derecho a reclamar la indemnización una vez declarada formalmente la violación que el Estado le había generado en sus legítimos intereses. Es decir, que la teoría de los actos propios resultaba aquí inaplicable pues a aquella pasividad inicial del perjudicado no se le daba la trascendencia jurídica suficiente como para vaciar de contenido la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador (al fin y al cabo, recordemos que mediante esta sentencia del TS se equiparó la violación de las disposiciones comunitarias con el régimen

indemnizatorio ya atribuible a las vulneraciones constitucionales respecto a las que la STS de 14 de diciembre de 2000 había señalado que «el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la indebida aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada»).

Sea como fuere, se suceden una y otra vez los episodios en los que la normativa fiscal interna es cuestionada por las instituciones de la Unión Europea, siendo así que como jalones de ello podemos mencionar, entre otros, los ya más recientes relativos a la amortización fiscal del fondo de comercio o el, si cabe aún más candente, correspondiente al *tax-lease*. Estos dos capítulos tienen en común varios aspectos que, a los efectos aquí analizados, interesa destacar: i) que la norma española controvertida, en ambos casos —y a diferencia de lo acontecido en el caso del IVA/subvenciones— era favorable a los intereses de los contribuyentes, permitiéndoles determinados ahorros fiscales; ii) que los dos supuestos dieron lugar a decisiones de la Comisión considerando que España incurrió en una manifiesta vulneración de las disposiciones comunitarias, y iii) que, precisamente en virtud de esas decisiones, la AEAT se ha visto en la obligación de iniciar actuaciones tendentes a la recuperación de los importes que hayan sido merecedores de la calificación de ilícitas «ayudas de Estado».

Y es, justamente, en ese escenario de recuperación de las «ayudas» donde se encuadra el asunto aquí abordado, pues es tras esas obligadas actuaciones de la AEAT al objeto de cuantificar los importes a reintegrar, y una vez liquidados éstos (a los que los contribuyentes no mostrarían oposición alguna, pues no son más que una consecuencia automática de la decisión de la Comisión) cuando los perjudicados inician efectivamente los procedimientos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Y es en el seno de esos procedimientos donde se pone de manifiesto —tanto por parte de la propia DGT, como del Ministerio de Hacienda y AA.PP. y del Consejo de Estado; v. gr. en su Dictamen 128/2013 del pasado 25 de abril de 2013— un argumento que, entiendo, es cuando menos cuestionable: el hecho de que los contribuyentes no hayan impugnado las «paralelas» giradas por la AEAT en su labor de recuperación de las proscritas «ayudas», desvirtuaría su pretensión pues «quien consiente, no puede luego disentir», argumento éste que —unido a

otras consideraciones que aquí no vienen al caso— lleva a desestimar en vía administrativa las peticiones de indemnización.

Así las cosas, entiendo que la interpretación sostenida por la Administración (siendo tal —a los efectos aquí pretendidos— no sólo la DGT sino —tal y como ya se ha apuntado— también el Consejo de Estado y el Ministerio) no es ortodoxa pues pretende atribuir a la aquiescencia de los contribuyentes con los actos de la AEAT (del todo debidos, en virtud de su obligación de atender las Decisiones de la Comisión; dejando aquí al margen controversias tales como la vidriosa incidencia de la prescripción) una trascendencia que no es tal. Y no lo es, no puede serlo, por varios motivos:

**El Poder Legislativo aprobó una norma que, a la postre, ha devenido inaplicable por antijurídica, lo que provoca un perjuicio económico susceptible de ser merecedor del debido resarcimiento**

i) lo que aquí se dilucida es la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y no la de la Administración, por lo que no deben mixturarse ambos escenarios;

ii) no parece que la tesis de la STS de 17 de septiembre de 2010 quepa circunscribirla a la «pasividad» de los contribuyentes frente a sus propias autoliquidaciones y, sin embargo, privarla de efecto alguno en

lo relativo a la firmeza de los actos administrativos que buscan el reintegro de las «ayudas»;

iii) el Estado niega la indemnización trayendo a colación la teoría de los «actos propios», interpretando que la firmeza de las liquidaciones giradas por la AEAT priva a la pretensión de los contribuyentes de efectividad alguna, pero si alguien va en contra de sus propios actos no serían aquellos sino el propio Estado pues éste esgrime ante las instancias comunitarias una pretendida violación del principio de «confianza legítima» que luego él mismo niega cuando son los contribuyentes los que la invocan ya en el seno del procedimiento de responsabilidad patrimonial; y

iv) y, aunque éste sea un argumento más dialéctico que jurídico, la eventual impugnación de aquellas «paralelas» (al igual que la hipotética búsqueda de la responsabilidad patrimonial de la AEAT, aspecto éste, por cierto, sobre el que el Consejo de Estado ya se pronunció, por ejemplo, en su dictamen 1036/2012 del pasado 14 de febrero de 2013; y, en análogo sentido, la STSJ País Vasco de 11 de noviembre de 2011) habría de toparse irremediabilmente con un pronunciamiento declarando la ortodoxia jurídica de estas actuaciones administrativas, pues en este tipo de procedimientos la AEAT «no sólo tiene la competencia para exigir la restitución de la ayuda declarada ilegal, sino que está obligada a ello» (TEAC 6793/2011, de 5 de noviembre de 2013).

Es decir: tal parece que al resolver estos expedientes de responsabilidad patrimonial no se estuviera asumiendo la interpretación de la STS de 17 de septiembre de 2010, siendo así que para ello se pretendiera discriminar aquellos casos en los que la normativa interna era desfavorable

al contribuyente (i. e. IVA/subvenciones) de aquellos otros (v. gr. fondo de comercio) en los que aquella le atribuía alguna ventaja fiscal merecedora del reproche de la Comisión. Y es aquí, en ese concreto punto, donde no parece que esa distinción entre unos y otros casos tenga un sólido soporte jurídico capaz de desvirtuar lo patente: el Poder Legislativo aprobó una norma que, a la postre, ha devenido inaplicable por antijurídica, lo que provoca un perjuicio económico susceptible de ser merecedor del debido resarcimiento.

Todo ello sea dicho —ya para concluir— sin entrar en la vívida controversia alentada por esa interpretación (en principio no compartida, por cierto, por el Tribunal de Luxemburgo ni, tampoco, por el TS) que sostiene que el reconocimiento de tal indemnización supondría la consumación de la «ayuda» ilegal; argumentación a la que le veo una lectura más económica que jurídica pues una cosa es la concesión de un ilícito tratamiento fiscal y otra —muy distinta— que, precisamente, esa ilicitud no genere la obligación de compensar los daños a los damnificados. Aunque este debate excede con creces la modesta pretensión de estas líneas, parece claro que la naturaleza jurídica de una y otra situación son diametralmente opuestas, siendo así que la propia STS de 17 de septiembre de 2010 señaló que «el reconocimiento del principio de responsabilidad patrimonial del Estado constituye una cláusula de cierre del sistema que regula las relaciones entre el Derecho Comunitario y los ordenamientos nacionales al garantizar la plena eficacia del ordenamiento comunitario y la tutela judicial efectiva de los particulares, al ver reparados los perjuicios que les causa la infracción o incumplimiento del Derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales». Ahí es nada. ■

**laleydigital.es** ITER PROCESAL



**Siga siempre el mejor camino**

La primera guía interactiva de los procesos civiles para controlar eficazmente tanto su actividad como la de sus colaboradores y parte contraria, así como simular su estrategia procesal

Y CON LA GARANTÍA DE UN EXTRAORDINARIO EQUIPO DE AUTORES COORDINADOS POR **MANUEL ORTELLS RAMOS**

Catedrático de Derecho Procesal de la Univ. de Valencia, autor-coordinador del Proceso Civil Práctico

**ENFOQUE TOTALMENTE PRÁCTICO Y MUY FÁCIL DE MANEJAR**

-  Escoja el procedimiento de su interés.
-  Seleccione el tribunal, rol y fase de recurso.
-  Muestra gráficamente el procedimiento, la actuación procesal en que se encuentra y los pasos anteriores o posteriores.

Actualizado a las últimas reformas de ejecuciones hipotecarias y del alquiler

**LA LEY**  
grupo Wolters Kluwer

**INFÓRMESE AHORA**  
902 250 500 tel | clientes@laley.es | laleydigital.es


  
**Tribunal Constitucional**

# la sentencia del día

TC, Sala Segunda, S 24 Feb. 2014.

Ponente: González Rivas, Juan José

**LA LEY 11198/2014**

 Consulte los textos íntegros en  
[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

existe ningún elemento que desvirtúe los elementos indiciarios de discriminación por ella alegados.

En definitiva, la inactividad probatoria de la Administración no resulta justificada por la aducida clasificación como secretos de los informes de valoración del desempeño de la recurrente, puesto que ello no puede suponer un espacio de inmunidad al control jurisdiccional.

## El TC reconoce discriminación por razón de sexo en el cese de una miembro del CNI embarazada

**El Tribunal Constitucional considera que la inactividad probatoria del CNI en un litigio sobre el cese de una de sus miembros, no resulta justificada por su alegada clasificación como «secretos» de los informes de valoración del desempeño de la recurrente, pues ello no puede suponer un espacio de inmunidad al control jurisdiccional**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en reciente sentencia de 24 Feb. 2014 otorga el amparo solicitado por una miembro del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), por entender que la resolución de su cese, dictada por el Secretario de Estado Director del CNI, el 31 de agosto de 2010 —tras quedarse embarazada de su segundo hijo—, así como la Sentencia de 17 de mayo de 2011 del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 12 y la Sentencia de 23 de noviembre de 2011 y Auto de 22 de febrero de 2012 —ambos de la AN— que la confirmaban, vulneraban su derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo.

El TC aplica al caso su consolidada doctrina relativa a la moderación del onus probandi. La recurrente en amparo, además de tachar la medida de discriminatoria, acredita la existencia de un panorama indiciario de discriminación (informes personales satisfactorios, consideraciones destacadas...); sin embargo, la Administración utilizó un formulario de cese y sólo fundó mínimamente su decisión al resolver el recurso de reposición interpuesto por la demandante, argumentando que el cese se produjo por la falta de idoneidad de la cesada, reflejada en ciertos informes de valoración negativos de su desempeño, no aportados por estar clasificados como secretos.

Concluye el TC reconociendo el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo, ordenando a la Administración a restablecerla en el mismo y, a tal fin, anula la resolución administrativa de cese, así como las sentencias y auto, que la confirmaban, al partir éstas de un presupuesto erróneo, pues no

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Son objeto del presente recurso de amparo la Sentencia de 23 de noviembre de 2011 y el Auto de 22 de febrero de 2012 dictados por la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en Recurso de Apelación 130/11, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 17 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 12, en el Procedimiento de protección de derechos fundamentales número 2/2010, que, a su vez, desestima el recurso contencioso contra la Resolución de cese nº 132/2010, de 31 de agosto, dictada por el Secretario de Estado, Director del CNI.

En la demanda de amparo se denuncian, con la argumentación que ha quedado expuesta en los antecedentes de esta resolución, las siguientes infracciones: i) vulneración del artículo 14 en su vertiente de proscripción de la no discriminación por razón de sexo; ii) vulneración del artículo 24 CE en su vertiente de derecho a la defensa en su dimensión de audiencia y contradicción, porque el juez hace prevalecer el carácter secreto de documentos que inciden de modo esencial en el panorama indiciario de discriminación; iii) vulneración del artículo 24 CE en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías al no plantear el Tribunal de apelación la cuestión prejudicial solicitada sobre el sentido de los artículos 21 y 47 CE; y iv) vulneración del artículo 24 por incongruencia omisiva al no resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del amparo, en tanto que el Abogado del Estado interesa la inadmisión parcial del segundo de los motivos y la desestimación del recurso.

2. Con carácter previo al examen de las cuestiones planteadas en este recurso, y en cuanto a la naturaleza de esta demanda de amparo, debemos poner de manifiesto que, tal como alega el Fiscal, estamos ante un recurso mixto, pues se impugnan, tanto las resoluciones administrativas dictadas por el Secretario de Estado, Director del CNI, que disponen el cese de la demandante, considerando ésta que han vulnerado su derecho a la no discriminación por razón de sexo reconocido en el art 14 de la CE, como las Sentencias dictadas en el procedimiento contencioso de derechos fundamentales, en cuanto que las resoluciones judiciales no restablecieron el derecho vulnerado por la Administración e incurrieron en la infracción autónoma del derecho de defensa del art 24.2 de la CE y del derecho a la tutela judicial efectiva del art 24.1 de la CE.

Se plantea por tanto cuál sea el orden que deba seguirse en el enjuiciamiento de las vulneraciones alegadas, y si, en su caso, deben serlo todas ellas.

Como se indicaba en la STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 2, puede sostenerse como criterio general que en los amparos mixtos la pretensión deducida por la vía del art. 43 LOTC es autónoma y su examen resulta, en principio, preeminente. En efecto, la lesión imputada a la actuación administrativa es autónoma respecto del proceso judicial que precede al recurso de amparo; de otro modo la previsión del art. 43 LOTC no pasaría de ser una especificación redundante del art. 44 LOTC, puesto



que, ciertamente, toda lesión de un derecho constitucional susceptible de amparo atribuida a una actuación administrativa podría denunciarse por el cauce del art. 44 LOTC en la medida en que no hubiera obtenido reparación en la jurisdicción ordinaria.

Por su parte, la preeminencia de la pretensión impugnatoria del art. 43 LOTC no se refiere sólo ni primordialmente al orden en el que normalmente deban ser examinadas las quejas formuladas en la demanda de amparo sino, sobre todo, a la incidencia que el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la actuación administrativa pueda tener sobre la queja encauzada por la vía del art. 44 LOTC, hasta el punto de poder hacer innecesario el examen de esta última o de dotar de efectos meramente declarativos al otorgamiento del amparo. Esta preeminencia tiene su fundamento en que la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo siga siendo el verdadero objeto del proceso de amparo que finalmente deviene en mixto.

En consecuencia, y atendida la naturaleza mixta del recurso de amparo, debemos analizar en primer lugar las lesiones constitucionales que se imputan a las resoluciones administrativas, esto es, la vulneración del derecho a la igualdad, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 de la CE, que imputa a la Resolución nº 132/2010, de 31 de agosto, dictada por el Secretario de Estado, Director del CNI, en que el acuerdo de baja se ha producido por razón del embarazo de su segundo hijo, y no por existir informes desfavorables sobre la idoneidad o el desempeño de su función.

3. Para el examen de esta queja, debemos partir de nuestra consolidada doctrina que ha venido delimitando el contenido del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, a la vista de las circunstancias del caso concreto, si la recurrente en amparo aporta indicios de discriminación suficientes y si, en tal supuesto, como consecuencia del juego de la prueba indiciaria, la empleadora cumple con su obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (SSTC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 4, y 173/2013, de 10 de octubre, FJ 6, entre otras).

Ahora bien, como también ha declarado repetidamente este Tribunal, para que se produzca esta moderación de *onus probandino* basta simplemente, con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que, además, "ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato" (SSTC 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, y 48/2002, de 25 de junio, FJ 5). Sólo, pues, cuando esto último sucede, la parte demandada asume "la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión", y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios (STC 98/2003, de 2 de junio, FJ 2).

En este punto, como ya dijimos en la STC 144/2006, de 8 de mayo, FF 4 «Para apreciar la concurrencia del indicio tendrán aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente, y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero habrá de superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas, o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo inverosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado».

En definitiva, el o la demandante que invoca la aplicación de la regla de la prueba indiciaria debe desarrollar una actividad alegatoria suficien-

temente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (STC 2/2009, de 12 de enero, FJ 3)

Esta misma doctrina opera en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, pues ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador, lo cual hemos aplicado en el ámbito de las relaciones de los empleados públicos y la Administración y, más concretamente, en los casos de puestos de trabajo de libre designación (STC 98/2003, de 2 de junio, FJ 2), pues "la correlativa libertad de cese [que está implícita en la de libre nombramiento] es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales" (SSTC 17/1996, de 7 de febrero, FJ 4, y 202/1997, de 25 de noviembre, FJ 6).

Esta doctrina es plenamente aplicable al supuesto del presente recurso de amparo donde se trata de la denegación de la integración definitiva de la recurrente en el CNI que implica su cese.

4. De conformidad con lo anterior, y en los términos enunciados, nos corresponde analizar si, en el presente caso, la demandante de amparo acreditó en el proceso judicial la existencia de un panorama indiciario del que surja, de modo razonable, la fundada sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios.

Del examen de las actuaciones se concluye que la demandante pone de manifiesto en su demanda de amparo, como también lo hizo al interponer el recurso contencioso del que aquella trae causa, las siguientes circunstancias:

1) La recurrente ingresó en el CNI como personal estatutario temporal el 6 de septiembre de 2004, de conformidad con lo prevenido en el Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio, modificado por el RD 327/2004, de 27 febrero, por el que se establece el Estatuto del Personal del Centro Nacional de Inteligencia, aquí aplicable por razones temporales y transcurrido un periodo de seis años, el CNI debería ofrecer su integración con carácter definitivo en el Centro o en otro caso debía ser cesada antes de finalizar el sexto año de prestar servicio en situación administrativa de actividad por no ser idónea (art. 16.2).

2) Durante los años en que prestó servicios se fueron emitiendo valoraciones sobre su desempeño que reconocían que era satisfactorio y en este punto, la demandante se refiere al Oficio 1A0 -C/7412, de fecha 1 de octubre de 2010, dirigido por el Subdirector de Recursos Humanos a la Asesoría Jurídica que obra en el expediente administrativo (folios 64-66), en cuyo apartado cuarto se expone que «se han emitido tres informes de valoración de idoneidad (periodo de prueba y formación inicial) relativos a la Sra. Nerea a los 6, 12 y 20 meses desde su ingreso en el Centro, resultando todos ellos globalmente positivos. Finalmente superó el periodo de valoración de idoneidad el 6 de septiembre de 2006».

3) La recurrente menciona que en los siguientes años fue objeto de informes personales que se corresponden con una valoración anual por los jefes directos sobre su actuación profesional y eficacia en el desempeño del puesto de trabajo que indica fueron favorables (art. 12 del Estatuto del Personal) y subraya que a lo largo de su trayectoria profesional en el Centro nunca fue apercibida o amonestada, ni fue objeto de un expediente disciplinario.

4) También la recurrente señala la existencia de otros datos que considera ponen de manifiesto que el servicio desempeñado por la misma,



no solo mereció un juicio favorable, sino una consideración destacada; en concreto menciona las siguientes circunstancias: a) fue comisionada en un puesto en el exterior entre octubre de 2006 y marzo de 2007, lo cual requiere especial confianza e idoneidad, no siendo común esta asignación a personal no permanente; b) las nóminas por ella aportadas reflejan un complemento de productividad que se mantuvo o se vio incrementado lo que resulta relevante teniendo en cuenta lo previsto en el art 27.3 c) del Estatuto del personal; c) el Centro le encargó dos veces la condición de jefa de equipo, y una vez más en forma interina; y d) a finales de julio de 2010 tomó posesión de un puesto de libre designación.

Frente a las anteriores circunstancias, a la demandante, tras quedarse embarazada de su segundo hijo en marzo de 2010, se le comunica en abril de 2010 mediante nota de servicio, sin motivación alguna, que su integración como personal estatutario permanente se aplazaba por un período máximo de seis meses y que se requiere a su organismo de destino un nuevo informe para decidir sobre «el ofrecimiento de integración con carácter permanente» y el 1 de septiembre de 2010, cuando estaba embarazada de más de cinco meses, se le notificó la Resolución del Secretario de Estado, Director del CNI, nº 132/2010, de 31 agosto, que acuerda su baja, de conformidad con lo previsto en el art 18 d) del RD 1324/1995, que se hará efectiva en el plazo de seis meses, lo cual se realiza mediante una resolución formularia, sin mayor justificación.

Con arreglo a este planteamiento, debe entenderse que en el presente asunto la demandante aportó indicios que razonablemente apuntan a la existencia de un móvil discriminatorio contrario al art. 14 CE en la decisión administrativa que ordenó su cese, dada la correlación temporal entre la manifestación de su embarazo y la resolución administrativa que acordó su cese, sin que se produjeran acontecimientos que permitieran presagiar ese desenlace, lo que genera una apariencia o sospecha que determina el desplazamiento de la carga de la prueba a la Administración, conforme a la doctrina expuesta.

5. Una vez sentada la existencia de un panorama indiciario de discriminación, correspondía a la Administración probar que la decisión del cese de la recurrente obedeció a razones objetivas y ajenas por completo a cualquier ánimo discriminatorio, alegando que el cese se produjo por razón de la falta de idoneidad de la recurrente reflejada en diversos aspectos negativos que pusieron de manifiesto determinados informes que, sin embargo, no se aportan por la Administración por estar clasificados como secretos.

En efecto, la Administración utilizó un formulario de cese y sólo fundó mínimamente su decisión al resolver el recurso de reposición interpuesto por la demandante por Resolución de fecha 27 de octubre de 2010, argumentando que concurría el supuesto de inidoneidad que recoge el art 18.d) del Estatuto del personal del Centro. En dicha Resolución no se hacía referencia a ningún elemento en concreto que determinara una valoración negativa sobre la demandante, si bien existe un informe previo de la Asesoría Jurídica de fecha 1 de octubre de 2010 ( folios 64-66) donde se opone la existencia de dos informes, de fechas 16 de diciembre de 2009 y 15 de julio de 2010, de la Dirección de Apoyo a la Inteligencia, que contenían aspectos desfavorables al desempeño de la recurrente.

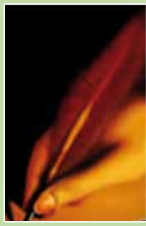
Esos informes desfavorables son los que justificaron la decisión de cese, según mantuvo la Administración en el procedimiento judicial de derechos fundamentales, si bien en ningún momento llegó a aportarlos al procedimiento, al no incluirlos en el expediente administrativo ni tampoco remitirlos cuando fue requerida al efecto por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 12, con fundamento en que se trataba de informes declarados secretos, ante lo cual el Juzgado Central se aquietó y desestimó la solicitud de la demandante que en el trámite de prueba solicitó la aportación de los citados informes al entender dicha proposición de prueba como impertinente. Finalmente, la Sentencia de apelación tampoco atiende la petición de la recurrente de que se acuerde lo necesario para que se aporten los informes.

En definitiva, no existe ningún elemento que desvirtúe los elementos indiciarios de discriminación a los que hemos hecho referencia, no habiéndose aportado los informes negativos citados en el informe de la Asesoría Jurídica del CNI de fecha 16 de diciembre de 2009 y 15 de julio de 2010, al ser estar clasificados como secretos.

6. Llegados a este punto, debemos entender que se ha producido la discriminación aducida por la demandante, puesto que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto erróneo según hemos expuesto, cual es que no existe un panorama indiciario suficiente, y la Administración no acreditó mínimamente que la decisión del cese de la recurrente obedeció a razones objetivas y ajenas por completo a cualquier ánimo discriminatorio.

Esta inactividad probatoria de la Administración no resulta justificada por la aducida clasificación como secretos de los informes de valoración del desempeño de la recurrente, puesto que ello no puede suponer un espacio de inmunidad al control jurisdiccional; en este sentido, la STEDH de 15 de noviembre de 1996, asunto Chahal c. Reino Unido, afirma que «el Tribunal reconoce que el uso de información de carácter confidencial puede ser inevitable cuando se halla en juego la seguridad nacional. Pero eso no implica que las autoridades nacionales hayan de quedar libres de controles efectivos por parte de los tribunales nacionales siempre que afirmen estar ante un problema de seguridad nacional o de terrorismo» (párrafo 131).

En este punto, debe subrayarse que estamos ante informes sobre una funcionaria del Centro, evaluando su idoneidad, por lo que, tal como alega el Fiscal, parece lógico deducir que la Administración, preservando la información material cubierta por la legislación de secretos oficiales, podía haber concretado motivadamente una suficiente explicación que permitiera conocer aquellos hechos o aspectos negativos del desempeño de sus funciones que fueran relevantes para que no se integrara a la demandante como personal estatutario permanente y en todo caso, fueran susceptibles del necesario control judicial, todo ello con las debidas cautelas para no infringir el carácter secreto de los documentos y la necesaria preservación de la seguridad nacional.(...) ■



## Doctrina

Consumo y dinero  
en prisión

LA LEY 1182/2014

# Consumo y dinero en prisión

Eugenio ARRIBAS LÓPEZ

Doctor en Derecho y Criminólogo

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias

A Rufino García, por su buen hacer profesional y su amistad

*La materia relativa a la adquisición de artículos de consumo y al manejo de dinero por parte de las personas que están privadas de su libertad y permanecen en un centro penitenciario, bien para el cumplimiento de una pena de prisión o bien en situación de prisión preventiva, no resulta adecuadamente conocida salvo para profesionales ya avezados en materia penitenciaria. Este trabajo pretende ofrecer unas ideas básicas sobre ambas cuestiones con apoyo en la normativa vigente y en la práctica de los establecimientos carcelarios.*

## I. INTRODUCCIÓN

Algunos aspectos del sistema penitenciario español son más conocidos que otros. Así, por ejemplo, suele ser lugar común entre profesionales y personas mínimamente interesadas por la temática de la privación de libertad saber que su finalidad primordial, como sanción penal, es la reeducación y reinserción social, que los penados pueden, bajo determinadas condiciones y con ciertos requisitos, disfrutar permisos de salida y que, al lado del régimen de internamiento clásico existe también el tercer grado y régimen abierto que posibilita, dicho en términos generales, que los privados de libertad trabajen en el exterior y sólo se reincorporen al centro penitenciario de destino en reducidas franjas horarias.

Sin embargo, salvo para estudiosos y profesionales ya avezados en las cuestiones carcelarias, no son tan conocidos otros extremos relativos a la vida cotidiana de las personas que permanecen en un establecimiento penitenciario, bien para el cumplimiento de una condena de privación de libertad o bien en situación de prisión preventiva. Entre esos extremos está la materia relativa a la adquisición de artículos de consumo por parte de los internos y el manejo de dinero en el interior de los establecimientos penitenciarios. Esa falta

de conocimiento trae como consecuencia, por poner un único pero llamativo ejemplo, que la colectividad —o una parte de esta— muestre su extrañeza porque tal o cual personaje privado de libertad adquiera ciertos artículos de consumo estando en prisión (1); y así, lo que debe considerarse enmarcado en la normalidad penitenciaria puede llegar a aparecer, ante el gran público, como una suerte de privilegio.

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo, tomando como referencia inexcusable la legislación penitenciaria vigente (2) otras normas internas de la Administración Penitenciaria y la costumbre del funcionamiento operativo de los centros prisionales, va a estar centrado en exponer, en primer lugar, qué artículos de consumo pueden adquirir los internos intramuros (nunca mejor dicho) de los centros penitenciarios y cómo está regulado que lo hagan; y, en segundo lugar, si puede producirse el manejo de dinero en el interior de las prisiones y, en caso negativo, qué mecanismos se emplean para pagar esos artículos de consumo que pueden adquirir las personas privadas de libertad. Antes de acometer esos dos asuntos, que constituyen el núcleo de este trabajo, es obligado que, para situarnos y dar sentido a lo que expondremos después, ofrezcamos algunas ideas muy básicas sobre el cumplimiento de la pena privativa de libertad en nuestro país y sobre la

situación de las personas sometidas a prisión preventiva.

## II. IDEAS BÁSICAS SOBRE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Por imperativo constitucional (art. 25.2 CE), las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad en el Estado español estarán orientadas a la reeducación y reinserción social. Además, el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales que la CE reconoce, a excepción, obviamente, de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, el penado tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la S.S., así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad (3).

Dicho todo de forma muy sintética y sin meternos en excesivas complicaciones ni matizaciones, las penas privativas de libertad se cumplen según el denominado *sistema de individualización científica*, separado en grados, el último de los cuales es la libertad condicional (4). Aparte de este último, los internos penados pueden estar clasificados en *primero, segundo o tercer grado*; a estos grados de clasificación les corresponden *regímenes o sistemas de vida distintos* que, respectivamente, son: *régimen cerrado, ordinario y abierto* (5). El primer grado y el régimen cerrado (el más duro y restrictivo) está concebido para internos calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación grave a los regímenes ordinario o abierto (6), en segundo grado y en el régimen ordinario al que está asociado están los internos que tienen un comportamiento más o menos normalizado y adaptado dentro de prisión (7), y, finalmente, en tercer grado y régimen abierto están colocados los internos que pueden llevar una vida en semilibertad (8). Lo normal es que estos últimos salgan regularmente del centro a trabajar o a desarrollar otro tipo de actividades en el exterior. Encontrarse en tercer grado es uno de los requisitos previos para poder obtener la libertad condicional (9). Por otra parte, los internos de segundo y tercer grado pueden obtener permisos de salida que implican una interrupción del internamiento y, por lo tanto, su salida de prisión (10).

Además de internos penados, en los establecimientos penitenciarios también hay *internos preventivos* que no están cumpliendo una pena de prisión porque todavía no han sido condenados en firme. Lo normal es que estén situados en régimen ordinario (11) si bien, excepcionalmente, si presentan las características de peligrosidad e inadaptación que acabamos de comentar, es posible que se sitúen en régimen cerrado (12).



## 2. La posibilidad de adquisición de artículos de consumo

No obstante lo acabado de decir sobre lo innecesario de adquirir artículos de consumo para vivir en un establecimiento penitenciario nacional, el art. 24.2 LOGP recoge el derecho de los internos para comprar artículos alimenticios y de consumo de la siguiente forma:

«Se permitirá a los internos la adquisición por su propia cuenta de productos alimenticios y de consumo dentro de los límites reglamentariamente fijados. La venta de dichos productos será gestionada directamente por la Administración penitenciaria o por Empresas concesionarias. Los precios se controlarán por la autoridad competente, y en ningún caso podrán ser superiores a los que rijan en la localidad en que se halle ubicado el establecimiento. Los internos participarán también en el control de calidad y precios de los productos vendidos en el centro.»

## 3. ¿Qué artículos se pueden adquirir por las personas privadas de libertad? Los objetos prohibidos en el interior de las prisiones

Es lógico y natural que una persona ingresada en un establecimiento penitenciario tenga limitados los artículos de consumo que pueda comprar. Obviamente, no podrá adquirir objetos cuya posesión esté prohibida o no permitida en el interior de los centros. En este sentido, en principio, el RP, en su art. 51.1, considera artículos y objetos no autorizados todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad, la ordenada convivencia o la salud, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas salvo, prescripción facultativa, los que contengan alcohol y los productos alimenticios (20) así como los que exijan para su control una manipulación que implique riesgo de deterioro y los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del establecimiento (21).

Por su parte, el art. 70.1 RP, encuadrado en la sede reglamentaria dedicada a la seguridad interior de los centros penitenciarios, establece que será objeto de intervención a los internos, además del dinero (del que hablaremos más tarde, dado el contenido temático de este trabajo), alhajas y objetos de valor, los «objetos que se entiendan peligrosos para la seguridad o convivencia ordenada o de ilícita procedencia». La posesión de objetos prohibidos por parte de los internos constituye una falta disciplinaria grave (22).

En concreto, el catálogo de objetos prohibidos en el interior de los establecimientos penitenciarios españoles constituye el Anexo II de la Instrucción 3/2010, de 12 de abril, de la entonces Dirección General de Coordinación

## III. LA ADQUISICIÓN DE ARTÍCULOS DE CONSUMO POR PARTE DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Vamos a referirnos en este apartado, primero, a que los internos en los centros penitenciarios españoles no tienen necesidad alguna de consumo para satisfacer sus necesidades básicas. En segundo lugar, daremos cuenta de la posibilidad de que adquieran productos y artículos de consumo, no obstante la cobertura de aquellas necesidades básicas; un poco más adelante, veremos qué productos y artículos pueden adquirir, para centrarnos después en los procedimientos o vías de compra.

### 1. La cobertura de necesidades básicas

Hay que comenzar diciendo que la adquisición de artículos de consumo no representa ninguna imperiosa necesidad para las personas que permanecen privadas de su libertad en los establecimientos penitenciarios españoles. Esto es, a diferencia de lo que, dicho en términos generales, sucede en el mundo libre, en el microcosmos carcelario se pueden vivir perfectamente de forma digna sin tener que consumir y sin que, por lo tanto, haya necesidad de que los internos dispongan de dinero. Eso sucede porque la Administración está normativamente obligada a cubrir sus necesidades existenciales básicas. En este sentido y sin ánimo alguno de ser exhaustivos:

1.º *Alimentos y bebida.* La Administración debe proporcionar a los internos una alimentación controlada por el médico, convenientemente preparada y que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas

y religiosas. Además, los internos deben disponer, en circunstancias normales, de agua potable a todas las horas (13).

2.º *Prendas de vestir, ropa de cama y mueble.* El interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, pero si no quiere ejercerlo o no puede porque no dispone de las adecuadas, es obligado que la Administración se las proporcione; esas prendas deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno. Además, en los supuestos de salida al exterior del recinto carcelario, los privados de libertad deberán vestir ropas que no denoten su condición de reclusos (14) si carecieran de las prendas adecuadas, la Administración les debe procurar las necesarias (15).

Además, toda persona privada de libertad debe disponer de la ropa necesaria para su cama y de mueble adecuado para guardar sus pertenencias (16).

3.º *Alojamiento, higiene y condiciones adecuadas de habitabilidad.* La normativa penitenciaria exige que todos los internos se alojen en celdas individuales; no obstante, está previsto que, en caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento, se pueda recurrir a dependencias colectivas (17). En estos casos de alojamiento colectivo, los internos deben ser seleccionados adecuadamente (18).

4.º *Artículos de aseo y limpieza.* Es lógico que la normativa penitenciaria contemple que, por razones de higiene, a todos los internos se les se exija un cuidadoso aseo personal. A tal fin, la Administración debe facilitar gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo diario necesarios (19).

## OPINIÓN

**L**a falta o inadecuado conocimiento de la materia relativa a la adquisición de productos y artículos de consumo por parte de las personas que están privadas de su libertad y permanecen en un centro penitenciario, bien para el cumplimiento de una pena de prisión o bien en situación de prisión preventiva, hace que, en ocasiones, la colectividad muestre su extrañeza porque tal o cual personaje en aquellas circunstancias adquiera ciertos artículos o productos; y, así, lo que debe considerarse enmarcado en la normalidad penitenciaria puede llegar a aparecer, ante el gran público, como una suerte de privilegio.

Este trabajo, tomando como referencia inexcusable la normativa penitenciaria vigente y la costumbre de funcionamiento operativo de los centros carcelarios, se centra en exponer, en primer lugar y sentado que tienen el derecho reconocido a hacerlo, qué artículos de consumo pueden adquirir los internos en los centros penitenciarios y cómo está regulado que lo hagan.

A continuación y después de recoger que, salvo en los centros de régimen abierto, no puede circular dinero de curso legal en los establecimientos penitenciarios, explicaremos qué procedimientos se utilizan para pagar los productos o artículos de consumo que hay posibilidad de adquirir. Así, se estudia la denominada cuenta de peculio, la que corresponde a un interno concreto y determinado y también la cuenta general en la que está ingresado el dinero de todos los internos que puedan permanecer en el centro, como el instrumento o mecanismo mediante el cual la Administración Penitenciaria controla y gestiona el dinero propiedad de las personas privadas de libertad.

Finalmente, se realiza un comentario muy breve relacionado con el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de las personas en el interior de los centros penitenciarios

Territorial y Medio Abierto de la Administración Penitenciaria (23).

### 4. Las vías de adquisición de artículos de consumo autorizados

Hasta ahora hemos dicho que, no obstante de que los internos tienen satisfechas por la Administración sus necesidades básicas, tienen reconocida la posibilidad de adquirir artículos de consumo cuya entrada y posesión no esté prohibida en el interior de los centros. Ahora bien, podemos preguntarnos a continuación: ¿a través de qué vías o procedimientos pueden adquirirlos?

Una pista nos ha proporcionado ya la lectura del art. 24.2 LOGP donde, además de reconocer aquel derecho de compra de los internos, dice, a nuestros efectos, dos cosas importantes:

1.ª) La venta de los productos de consumo será gestionada directamente por la Administración penitenciaria o por empresas concesionarias.

2.ª) Los precios de esos productos se controlarán por la autoridad competente, y en ningún caso podrán ser superiores a los que rijan en la localidad en que se halle ubicado el establecimiento.

Bien, pues la venta de artículos de consumo que, en general, está gestionada por la Administración Penitenciaria se materializa a través de dos vías que vamos a exponer a continuación: los denominados *economatos* y el *servicio de demandaduría*.

### A) Los *economatos*

Según la definición reglamentaria, los *economatos* de los centros carcelarios son un servicio prestado por la institución penitenciaria a los internos «que permite disponer de un sistema de adquisición de productos de naturaleza complementaria a los facilitados por la propia Administración penitenciaria» (art. 298 RP) (24). Por lo tanto, en primer lugar, las personas privadas de libertad pueden adquirir productos de consumo a través del servicio de *economato* del que disponen los centros penitenciarios (25).

Podemos preguntarnos ahora cómo gestiona la Administración esos servicios de *economato* y también de *cafetería*. La respuesta la encontramos en el art. 300 RP, donde se recoge que los servicios de *economato* y *cafetería* pueden ser gestionados por:

- a) La propia Administración penitenciaria.
- b) El Organismo Autónomo Trabajo y Prescripciones Penitenciarias, mediante la fórmula de taller productivo.
- c) Empresas externas adjudicatarias por contrato administrativo de servicios.

No obstante esa triple alternativa reglamentaria, en la práctica la gestión de los servicios de *economato* se realiza por el hasta hace poco Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (26). Decimos hasta hace poco porque su naturaleza jurídico-organizativa ha cambiado recientemente, constituyendo ahora una entidad estatal de derecho público de las previstas en el

art. 2.1 g) Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, adscrito al Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (27).

Bien, el sistema de gestión utilizado para los *economatos* es la de taller productivo, correspondiendo los beneficios obtenidos a la propia entidad. Los talleres productivos son la fórmula existente para que los internos que permanecen en los establecimientos penitenciarios realicen un trabajo directamente remunerado (28). Según datos de la propia Entidad estatal, actualmente en los talleres del servicio de *economato* trabajan unos 1.500 internos y la encomienda de esta gestión ha contribuido al incremento de la oferta de trabajo productivo a los internos. Por otro lado, los beneficios que genera la explotación del servicio de *economato* revierte, en su totalidad, en el incremento de puestos de trabajo productivos en los talleres de actividades auxiliares y en acciones formativas de las personas privadas de libertad.

Por lo que se refiere a los artículos y productos cuya venta podrá realizarse por los *economatos*, evidentemente se trata de todos cuya posesión esté autorizada en el centro; en definitiva, recordando lo que hemos dicho un poco más atrás, en principio los *economatos* podrán vender cualquier artículo o producto que no constituya un objeto prohibido en el centro (29).

Los sistemas de pago en el *economato* están previstos en el art. 301 RP; como esta cuestión nos remite al otro gran apartado de este trabajo hacemos una expresa remisión a todo lo que diremos más adelante con respecto al

manejo —o no manejo— de dinero en el interior de los establecimientos penitenciarios.

#### B) El denominado servicio de demandaduría

Como ya hemos comentado, el servicio de economato no es la única vía para que los internos puedan adquirir por su propia cuenta productos alimenticios y de consumo. La otra vía es la utilización de lo que ha dado en denominarse servicio de demandaduría. El soporte normativo de esta posibilidad adquisitiva la encontramos en el primer inciso del art. 304 RP: «En caso de necesidad, apreciada por la Dirección del centro, se podrá autorizar, previa solicitud del interno, la compra en el exterior a costa del recluso de algún producto autorizado no disponible en el economato». La lectura de la norma da pie a pensar que nos encontramos ante algo raro, excepcional, pero nada más lejos de la realidad, ya que la realización de esas compras en el exterior son moneda corriente en el funcionamiento general de los establecimientos penitenciarios.

*El fondo de peculio de los internos no sólo se constituye con las cantidades de que sea portador a su entrada, sino que al mismo también se incorporan las que reciba posteriormente y sean de legítima procedencia*

Mediante tal servicio de demandaduría, dentro de ciertas normas y siguiendo el procedimiento que, en general, esté establecido en cada centro de reclusión, las personas privadas de libertad pueden encargar que se les compre en el exterior —y luego se les entregue— productos y artículos de consumo que no existan en los economatos, por ejemplo, ropa, calzado, otro tipo de alimentos, libros, etc.

La periodicidad en el uso del servicio, es decir, cada cuánto tiempo los internos pueden realizar encargos y cómo hacerlo, como decimos, depende de la normativa de funcionamiento interno de cada establecimiento, si bien es habitual, por lo que se refiere al tiempo, que el servicio de demandaduría pueda utilizarse de forma semanal o quincenal.

Sobre cómo se realiza el pago de los artículos y productos adquiridos a través del servicio de demandaduría, nos remitimos

nuevamente a lo que diremos enseguida sobre el manejo de dinero en los centros penitenciarios.

En función de las características del centro y de la clase de artículo o producto cuya adquisición se demande por parte de los reclusos, el servicio puede prestarse por personal propio del centro o por alguna empresa especializada ajena al mismo.

## IV. EL DINERO Y OTROS MEDIOS DE CAMBIO QUE LO REPRESENTAN EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

¿Hay dinero en el interior de los Centros Penitenciarios?; si no lo hay o cuando no lo haya, ¿cómo pagan los internos los productos y artículos de consumo que ya hemos dicho que pueden adquirir?; ¿cómo gestiona la Administración el dinero de que son portadores los internos a su ingreso o que puedan remitirle o ganar posteriormente? Estas y algunas otras preguntas son las que vamos a intentar contestar en este apartado.

### 1. El dinero en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. La denominada «cuenta de peculio»

En la LOGP, encontramos dos referencias al dinero. La primera es una cláusula condicional y, en ella, la Ley prevé el caso de que el Reglamento que la desarrolla no autorice al interno al tener en su poder, entre otras cosas, dinero. Si tal sucediese, se determina que será guardado en lugar seguro, previo el correspondiente resguardo, o enviado a personas autorizadas por el recluso para recibirlo (art. 22.1 LOGP)

La segunda referencia legal nos remite ya a la idea de «peculio», término que, a partir de ahora, vamos a utilizar bastante en este trabajo. Dice la LOGP que, en el momento de su excarcelación, se entregará al interno que va a ser liberado, además de otros objetos y efectos, el saldo de su cuenta de peculio (art. 17.4).

La palabra *peculio* debemos asociarla con el dinero del que dispone un interno en prisión (30) que, naturalmente, no es el que físicamente posee, y la palabra *cuenta* con el registro documental individualizado donde consta ese dinero del que dispone (saldo) y donde se van anotando entradas y salidas de fondos. Con la denominación «cuenta de peculio» también podemos estar haciendo referencia, no a la que corresponde a cada interno, sino a la *cuenta general* donde la administración del centro penitenciario tiene depositado el dinero que pertenece a todos los internos albergados en el mismo.

Por lo tanto, la cuenta de peculio, tanto la que corresponda a un interno concreto y determinado como la cuenta general de peculio en la que está ingresado el dinero de todos los internos que puedan permanecer en el centro, *es el instrumento o mecanismo mediante el cual la Administración Penitenciaria controla y gestiona el dinero propiedad de las personas privadas de libertad.*

### 2. Normas reglamentarias sobre la cuenta de peculio

Las referencias legales al dinero y al peculio se desarrollan en el texto del RP (básicamente, en los arts. 317 y 319 a 324 RP); con las normas que contiene vamos a contestar las preguntas que pueden plantearse en diferentes apartados.

#### A) La posesión de dinero en los centros penitenciarios

Salvo en los establecimientos de régimen abierto (31) las personas privadas de libertad no pueden tener en su poder dinero o títulos que lo representen ni objetos de valor (32). Por lo tanto, no hay dinero en los establecimientos de régimen ordinario ni, por supuesto, en los de régimen cerrado y sí puede haberlo en los de régimen abierto. En consecuencia, sólo los internos penados clasificados en tercer grado de tratamiento podrían disponer de dinero de curso legal; no podrán poseer dinero dentro de los centros de reclusión ni los internos preventivos ni los penados clasificados en primer y segundo grado.

#### B) La retención del dinero al ingreso en el centro y la constitución del fondo de peculio

Cuando las personas privadas de libertad no puedan tenerlo, el dinero les será intervenido, retirado, a su ingreso en el centro para que sea custodiado por el Administrador del establecimiento, entregándose al interno una hoja individual de su cuenta de peculio, que se iniciará, precisamente, con las cantidades que le fueron retiradas al ingreso. Naturalmente, el dinero de que sea portador el interno a su ingreso no tiene que custodiarse en el centro de forma obligatoria, sino que aquel puede autorizar que, una vez intervenido, se haga cargo del mismo otra persona. El privado de libertad también puede autorizar la realización o materialización de los títulos representativos del dinero.

¿Qué sucede cuando la autoridad penitenciaria tenga dudas sobre la legítima procedencia del dinero —bien podría ser producto de un acto delictivo, por ejemplo— o bien se trate de monedas o billetes que deban ser objeto

de intervención oficial —podría tratarse de dinero falso, también por ejemplo—? En el primer caso, lo que debe hacerse es poner en conocimiento de la autoridad judicial correspondiente la retención del dinero para que resuelva lo procedente y, en el segundo, cumplir lo que al respecto determine la legislación aplicable. En estos dos supuestos, actuar de la forma indicada no implica que el dinero no siga siendo custodiado, entregando al interno un resguardo de lo retenido, si bien, por motivos obvios, no se le dará de alta en la cuenta de peculio de libre disposición por parte del recluso, es decir, no podría hacer uso del mismo.

Podría suceder también que la autoridad judicial competente dispusiese la intervención, en todo o en parte, del dinero de una persona privada de libertad; por ejemplo, para satisfacer o garantizar la responsabilidad civil a que haya sido condenado o pueda serlo. En este caso, la actuación administrativa debe concretarse en inmovilizar las cantidades ordenadas en sede jurisdiccional, quedando a disposición judicial y dando conocimiento de la circunstancia al interno interesado.

Además del que sea portador al ingreso, ¿qué dinero cabe ingresar en la cuenta de peculio? El fondo de peculio de los internos no sólo se constituye con las cantidades de que sea portador a su entrada, sino que al mismo también se incorporan las que reciba posteriormente y sean de legítima procedencia; por ejemplo, que reciba del exterior, de su familia y otras personas, o de la propia Administración como retribución del trabajo que pueda realizar en talleres productivos (33).

### C) La gestión de los fondos de peculio

¿Cómo pueden ser gestionados los fondos de peculio de los internos? A tenor de lo reglamentariamente previsto, la gestión puede realizarse bien por la propia Administración Penitenciaria o bien por entidades financieras colaboradoras, mediante convenio suscrito con la Administración penitenciaria, como cuentas bancarias individuales de peculio abiertas para cada interno (34).

Si, como sucede en la práctica, la gestión del fondo de peculio se realiza por la propia Administración Penitenciaria y no por entidades financieras, a cada interno se le proveerá de una hoja personal en que se inscribirán *los ingresos a su nombre y las extracciones autorizadas semanalmente*, con expresión del saldo; estos datos deberán estar en consonancia con las partidas correspondientes en el libro general de peculio que lleve la Administración (35).

Si los fondos de peculio son gestionados por la propia Administración Penitenciaria, cabe



preguntarse qué *sucede con los intereses que genera la cuenta bancaria donde se deposita el fondo de peculio*. Bien, pues la respuesta es que esos intereses se deben ingresar en el Tesoro Público para su incorporación posterior, mediante generaciones de crédito, a aquellos conceptos presupuestarios del presupuesto de gastos de la Administración Penitenciaria que mejor contribuyan al cumplimiento de los fines de la actividad penitenciaria (36).

### D) Utilización, transferencias del fondo de peculio y peculio de internos fallecidos

Según lo previsto reglamentariamente, las personas privadas de libertad con el peculio de libre disposición podrán:

a) Atender los gastos que les estén permitidos, solicitando y recibiendo de la Administración una cantidad prudencial que se fijará por el Centro Directivo atendiendo a criterios de seguridad y orden del establecimiento. Debemos tener en cuenta, al respecto, todo lo que hemos ya expuesto más arriba sobre la posibilidad de adquisición de productos y artículos de consumo.

b) Ordenar transferencias a su familia o a otras personas, previa autorización del Administrador del establecimiento. Por ejemplo, imaginemos el supuesto de que un interno realiza un trabajo productivo en el interior y quiere mandar parte de su sueldo a su familia o abonar, en todo o en parte, la cantidad a la que, eventualmente, vía responsabilidad civil, pudo ser condenado.

Evidentemente cuando los internos son puestos en libertad, les debe ser practicada la liquidación de su peculio con entrega del saldo resultante. Además, en el caso de traslado del recluso a otro establecimiento penitenciario, se le entregará una cantidad prudencial para

sus gastos y el resto del dinero le será remitido del centro de origen al de destino, donde, a su vez, se constituirá una nueva cuenta de peculio.

Si, desgraciadamente, una persona fallece estando privada de su libertad en un establecimiento penitenciario, el saldo de su cuenta de peculio será entregado al primer heredero que lo solicite, si bien, contra este, podrán repetir, en su caso, los restantes miembros de la comunidad hereditaria.

### 3. Los medios o modos de pago de los productos y artículos de consumo

Por un lado, conocemos ya que los internos pueden adquirir productos y artículos de consumo; por otro, también sabemos que, salvo en los establecimientos de régimen abierto, no pueden tener en su poder dinero. Entonces, ¿cómo pagan lo que pueden comprar?

El que, salvo en régimen abierto, esté prohibida la posesión y circulación de dinero de curso legal, no implica que las personas privadas de libertad *no dispongan de un mecanismo o de un procedimiento para pagar esos artículos de consumo que pueden adquirir*. Veamos.

El segundo inciso del art. 301.1 dice que: «Las normas de régimen interior de cada centro penitenciario establecerán la obligatoriedad para los internos de efectuar las compras en los Establecimientos mediante tarjeta-valor, tarjeta magnética, tarjeta con microchip u otro sistema análogo».

Antes, en los Centros Penitenciarios, lo que existían eran las denominadas *tarjetas de compra* (una especie de dinero de *Monopoly*, si se nos permite esta gráfica expresión). Así, si un interno tenía dinero en su cuenta de peculio, semanalmente se le daba la cantidad máxima autorizada —o la que, con ese límite,

él solicitase— en tarjetas de compra, detrayéndose de su cuenta de peculio. Con ellas, abonaba los artículos que, eventualmente, pudiese comprar en el economato. Hoy día lo normal es que esas tarjetas de compra hayan sido sustituidas por *tarjetas magnéticas*. Cada interno tiene una tarjeta personal que se carga semanalmente con la cantidad máxima autorizada (o la que solicite con ese límite), cantidad que automáticamente se detrae de su cuenta de peculio. Con la tarjeta realiza los pagos de los artículos que compre en el economato. Hoy día, según la normativa interna de la Administración Penitenciaria, la cantidad máxima autorizada con la que se pueden cargar las tarjetas magnéticas es de 100€ semanales.

El pago de los artículos que un interno puede comprar a través del servicio de demandaduría no los realiza con las tarjetas magnéticas, sino que lo que sucede es que la cantidad que cuestan los artículos que ha encargado *se detrae directamente de su cuenta de peculio*.

Insistimos en una cosa obvia: no se cargan tarjetas magnéticas ni se pueden realizar compras de demandaduría si *no hay dinero en la cuenta de peculio del interno*, si esta no tiene salto positivo.

## V. EL MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO EN PRISIÓN

¿Se mantiene el poder adquisitivo de una persona en prisión? Por supuesto, en esa sociedad a escala reducida que es la cárcel, *ese poder puede mantenerse*, si bien, dicho de forma muy simple, los términos de la cuestión deben desplazarse de la pregunta ¿cuánto dinero tiene una persona? a la de ¿cuánto puede gastar? Así, una persona privada de libertad con cierto poder adquisitivo puede cargar todas las semanas su tarjeta magnética con el montante máximo autorizado y, además, dentro de los artículos de consumo que están autorizados en el interior del Centro y en el marco del procedimiento establecido, puede encar-

gar otros, vía servicio de demandaduría, en principio, sin límite económico que resulte de la aplicación de alguna norma de carácter imperativo.

A este respecto, debemos tener en cuenta, siempre con determinadas condiciones (fijadas en la normativa interna de la Administración Penitenciaria y en las normas de régimen interior de cada centro penitenciario) tanto para la adquisición como para su posesión, que los internos pueden comprar, por ejemplo, aparatos de televisión o equipos informáticos y que estos, necesariamente, deben adquirirse vía economato o a través del servicio de demandaduría (37). Considerando que el límite de recarga de las tarjetas magnéticas es actualmente de cien euros semanales, es lógico y natural que el costo de productos como los indicados no compute dentro de ese límite, es decir, que no cuente y se proceda, como ya sabemos, a hacer el descuento correspondiente de la cuenta de peculio de la persona privada de libertad. ■

## NOTAS

(1) Muchas de estas personas pueden ser incluidas, sin muchas dificultades conceptuales, en la categoría criminológica conocida como criminalidad de cuello blanco («White Collar Crime»). Esta categoría fue acuñada por el célebre criminólogo norteamericano Edwin H. SHUTERLAND, a principios del pasado siglo, para «designar la violación de la ley penal por una persona de alto nivel socioeconómico, en el desarrollo de su actividad profesional» (vid. ARRIBAS LÓPEZ, E., «Corrupción, delincuencia de cuello blanco y pena de prisión», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, AJA, núm. 865, 6 de junio de 2013, pág. 9).

(2) Constituida, fundamentalmente, por la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) y el Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero (RP).

(3) Vid., además, los arts. 1 LOGP y 2 RP. La finalidad primordial de la actividad penitenciaria es la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares.

(4) Arts. 72.1 LOGP.

(5) Arts. 72.2 LOGP y, básicamente, 73, 74, 100, 101 y 102 RP.

(6) Arts. 10.1 LOGP y 74.3 y 89-95 RP.

(7) Art. 74.1 RP.

(8) Arts. 74.2 y, básicamente, 81 y 82 RP.

(9) Arts. 90-93 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) y 192-201 RP.

(10) Arts. 47 y 48 LOGP y 154-159 RP.

(11) Arts. 74.1 y 96.1 RP.

(12) Arts. 10.2 LOGP y 96.2 y 3, 97 y 98 RP.

(13) Art. 21.2 LOGP.

(14) Art. 20.1 LOGP.

(15) Art. 20.2 LOGP.

(16) Art. 21.1 LOGP.

(17) Art. 19.1 LOGP.

(18) Art. 19.1 LOGP.

(19) Art. 19.3 LOGP.

(20) El precepto indicado, que nos ha servido para tratar de exponer los artículos cuya posesión no está permitida en un establecimiento penitenciario, sistemáticamente está ubicado en la sección II reglamentaria dedicada a la «Recepción de paquetes y encargos», capítulo IV («Relaciones con el exterior»), título I («Disposiciones generales»). Este es el motivo por el cual están contemplados los productos alimenticios. Ahora bien, el que los mismos no puedan entrar por paquetes no implica que los internos puedan dejar de adquirirlos por las vías que enseguida comentaremos.

(21) La discusión sobre si la posesión de un objeto debe estar o no permitida en un centro penitenciario ha llegado en ocasiones al TS. Así, la sentencia 167/2013, de 28 de febrero, dictada para la unificación de doctrina, señala correcto el criterio mantenido por la AP Lugo que consideraba conforme a derecho a la denegación administrativa de entrada en prisión de una videoconsola, frente al criterio de la AP Madrid, que las autoriza. En concreto, se entiende que dichos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología pueden suponer un peligro para la seguridad, estando prohibidas expresamente por las normas de régimen interior. Al respecto de la STS 167/2013, vid. GONZÁLEZ VINUESA, F., *Legislación penitenciaria básica: comentarios y referencias prácticas*, versión 10-Q, 2013, Biblioteca Digital de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

(22) En efecto, así está tipificada en el art. 109 f) del Reglamento Penitenciario, aprobado por

RD 1201/1981, de 8 de mayo, declarado en vigor por el RP: «Introducir, hacer salir o poseer en el establecimiento objetos que se hallaren prohibidos por las normas de régimen interior».

(23) Ese catálogo agrupa los objetos prohibidos en las siguientes categorías: A. Armas y objetos peligrosos; B. Alimentos y bebidas; C. Aparatos electrónicos; D. Aparatos eléctricos y electrodomésticos; E. Objetos varios; F. Ropa y vestuario; G. Sustancias tóxicas, medicamentos y productos varios; H. Documentos, dinero y valores; y, finalmente, I. Material electrónico e informático.

(24) Según el DRAE, en el significado que nos interesa, economato es un: «almacén establecido por una empresa o institución para vender entre sus miembros sus productos a un precio más barato».

(25) Al lado del servicio de economato, está previsto reglamentariamente el de cafetería en los siguientes términos: «El servicio de cafetería se podrá prestar en los Establecimientos penitenciarios tanto al personal propio del Establecimiento como al personal de guardia exterior, al que preste algún servicio relacionado con el centro penitenciario y a las visitas de cualquier naturaleza» (art. 299 RP). En la práctica y dicho en términos generales, economatos y cafeterías comparten los mismos locales y son servicios que están unidos.

(26) Denominación del organismo posterior a la recogida reglamentariamente.

(27) Su régimen económico financiero se encuentra recogido en la disp. adic. 87 de la Ley 22/2013 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

(28) La relación laboral que se establece entre el interno y Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo es una relación laboral de carácter especial regulada por el RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres



penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Hay que tener en cuenta que el RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, considera la de los «penados en las instituciones penitenciarias» como una relación laboral de carácter especial [art. 2.1 c)].

(29) Al respecto, el art. 303 RP dice:

«1. En el economato podrán expendirse los siguientes productos:

- a) Comestibles que no precisen ser cocinados.
- b) Tabaco.
- c) Ropa de uso interior y exterior.
- d) Productos de aseo personal.

e) Cuantos otros bienes o productos necesiten los reclusos, siempre que no estén prohibidos por las normas de régimen interior del centro y, en general, siempre que su uso y consumo no implique riesgo para el correcto funcionamiento regimental del Establecimiento.

2. En ningún caso podrán venderse en el economato ningún tipo de bebidas alcohólicas ni de productos farmacéuticos.»

Con respecto al tabaco, es necesario decir la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria establecía que «la concesión de las expendedorías de tabaco y timbre de los centros

penitenciarios se entenderá otorgada por ministerio de la Ley, al Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario...», lo que permite que los Talleres de economato tengan la autorización pertinente del «Comisionado para el Mercado de Tabacos» del Ministerio de Economía y Hacienda —que hoy, como es sabido, constituyen departamentos ministeriales separados— y la consideración de puntos de venta autorizados como expendedorías de tabaco y efectos timbrados, realizando la venta de dichos artículos a los precios oficiales establecidos en cada momento.

(30) Para el DRAE peculio tiene dos acepciones: 1: «hacienda o caudal que el padre o señor permitía al hijo o siervo para su uso y comercio» y 2: «dinero que particularmente tiene cada uno, sea o no hijo de familia»

(31) Vid., al respecto, el ap. 2 de este trabajo.

(32) Esta norma prohibitiva y el resto que vamos a comentar a continuación están recogidas en el art. 317 RP.

(33) Según lo previsto en el art. 27.2 LOGP: «Todo trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente». Ya hemos tenido ocasión de mencionar el RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de S.S. de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

(34) «Por el centro directivo [órgano administrativo superior de la Administración Penitenciaria] se establecerán las normas reguladoras de la información contable del fondo de peculio a suministrar por los Establecimientos penitenciarios y su periodicidad, así como de la contabilidad que deban rendir las entidades financieras colaboradoras» (art. 319.3 RP).

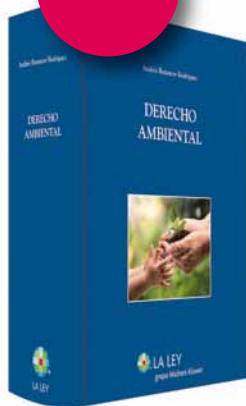
(35) «Por el centro directivo se establecerán las normas que permitan realizar un seguimiento mensual de los saldos del fondo de peculio en cada Establecimiento penitenciario y sus correspondientes saldos de intereses» (art. 320.3 RP).

(36) Como es sabido y a tenor de lo previsto tanto en los arts. 1 LOGP y 2 RP, la actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares.

(37) Esto es así por razones evidentes de seguridad, ya que admitir su entrada por otras vías —por ejemplo, a través de la familia del interno—, implicaría la realización de toda una actividad dirigida a garantizar que, dentro de aquellos aparatos, no se esconden objetos prohibidos que se pretendan introducir clandestinamente en el centro; esta actividad no podría desplegarse sin riesgo evidente de deterioro de aquellos.

## DERECHO AMBIENTAL

NOVEDAD



- ➔ Una materia en la que confluyen diferentes aspectos del Derecho comunitario, administrativo, penal o civil
- ➔ Una perspectiva integradora del medio ambiente
- ➔ Un libro sobre las instituciones básicas del Derecho ambiental
- ➔ El Derecho se estructura alrededor de unas instituciones que le sirven de soporte; le ofrecen coherencia tanto en su aplicación como en su evolución.

Esta obra responde al esfuerzo, acrisolado durante más de diez años, dirigido a mostrar la estructura subyacente bajo el ropaje de las cientos de miles de normas que a lo largo de los años se han venido dedicando a la protección de la Naturaleza.

➔ AUTOR: Andrés Betancor Rodríguez

Páginas: 1.860

Encuadernación: Tapa dura

ISBN: 978-84-9020-302-6



**5% de DESCUENTO**  
por compras  
en Internet

PRECIO: ~~159,62~~ € + IVA

AHORA:

**151,64 € + IVA**

 **LA LEY**  
grupo Wolters Kluwer

**ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:**

**Servicio de Atención al Cliente:**

902 250 500 tel. / e-mail: [clientes@laley.es](mailto:clientes@laley.es) / [www.laley.es](http://www.laley.es)

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.wke.es>

LA LEY. Un paso por delante

## Tribunal Supremo

TS Sala Primera, de lo Civil, S 48/2014, de 6 Feb.

Ponente: Sarazá Jimena, Rafael

LA LEY 10446/2014



# Reembolso de las aportaciones sociales al cooperativista que se da de baja: improcedencia de la deducción por inversiones no amortizadas

**Criterio para determinar el reembolso de las aportaciones al cooperativista que se da de baja. Deducción por pérdidas imputables al socio y por deudas y obligaciones pendientes de pago o inversiones no amortizadas.**

Los actores, socios de la cooperativa demandada, promovieron una demanda en la que solicitaban que se anularan las liquidaciones de las aportaciones sociales correspondientes a su baja de la sociedad y que se condenara a esta a practicar nuevas liquidaciones que no contuvieran deducción alguna por pérdidas, por deudas y obligaciones pendientes de pago o por inversiones.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, acordó la anulación de las liquidaciones y ordenó que se practicaran nuevas liquidaciones que no contuvieran deducción alguna por deudas y obligaciones pendientes de pago o por inversiones. La Audiencia Provincial de Cuenca estimó el recurso de apelación de la cooperativa y le absolvió de la condena a practicar nuevas liquidaciones. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación formulado por la parte demandante.

La Sala rechaza los motivos del recurso referidos al criterio para determinar el reembolso de las aportaciones al socio que se da de baja y a la deducción de pérdidas imputables al socio en el reembolso de las aportaciones sociales.

Así, de conformidad con el art. 61 Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de cooperativas de Castilla-La Mancha, pues la cooperativa demandada desarrolla principalmente su actividad en dicha Comunidad (si bien los principios que inspiran esta materia son comunes a las leyes de cooperativas, que por lo general difieren entre sí tan solo en matices), el Alto Tribunal establece que, dado que los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital, el socio cooperativista no tiene derecho a un «valor razonable» de su participación en el capital social, consistente en una cuota del patrimonio social de la cooperativa,

fijada, a falta de acuerdo, por un experto independiente, como ocurre en el caso de ejercicio del derecho de separación por el socio de una sociedad de capital. Tiene derecho al reembolso de las aportaciones obligatorias y voluntarias según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso (art. 61.1), actualizadas, en su caso, respecto de su valor inicial (art. 59.2), con deducción de las pérdidas no compensadas, imputadas o imputables al socio, reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, ya correspondan a dicho ejercicio o provengan de otros anteriores [art. 61.2 a)]. Por tanto, si la propia Ley prevé que puedan deducirse las pérdidas imputadas o imputables al socio reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, es evidente que la imputación de las pérdidas será por lo general posterior a la solicitud de baja del cooperativista, por lo que no es imprescindible que la imputación de pérdidas esté ya realizada en el momento en que el socio solicite la baja para que puedan deducirse de la aportación a reembolsar.

Una vez computadas las pérdidas en el balance, el acuerdo de imputarlas a una cuenta especial para amortizarlo con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de diez años (art. 69.1), ha de entenderse aplicable a los socios que permanecen en la cooperativa, no a los socios que solicitan la baja pues, de lo contrario, se haría cargar con la totalidad de las pérdidas a los socios que permanecen en la cooperativa, pese a haberse producido en un periodo en que quienes se dan de baja participaban en la actividad cooperativizada que generó las pérdidas.

En cambio, la Sala estima el motivo referido a la deducción por inversiones no amortizadas y rechaza la misma por no estar justificada legalmente. Señala que la existencia de inversiones no amortizadas supone que en el patrimonio de la cooperativa quedan bienes que fueron adquiridos mientras los demandantes eran socios de la cooperativa y que todavía pueden prestar un servicio a los socios que permanecen en la misma, lo cual no puede justificarse que se realicen deducciones del reembolso a los cooperativistas que se dan de baja. Y si lo que se pretende deducir es la deuda pendiente por la financiación de determinadas inversiones, el art. 61 de la ley autonómica permite deducir las pérdidas no compensadas, pero no las cantidades pendientes de pago por la financiación de inversiones de la cooperativa. Mientras los demandantes fueron socios, la cooperativa hubo de realizar los pagos correspondientes a ese periodo de la financiación de las inversiones. Tales pagos determinaron los resultados económicos de la cooperativa en esos ejercicios, que han repercutido en los demandantes, por cuanto se les han deducido las pérdidas producidas hasta la finalización del ejercicio en que se dieron de baja en la cooperativa, y en la producción de esas pérdidas influyó haber realizado, entre otros, los pagos de las cuotas de la financiación de las inversiones. No existe base legal para pretender que, además, se les deduzca la parte que queda todavía por abonar de tal financiación, correspondiente a un periodo durante el que los demandantes no podrán disfrutar ya de tales inversiones.

## Audiencia Nacional

AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, S 25 Feb. 2014.

Ponente: García Paredes, Jesús

LA LEY 9673/2014



# La AN suspende cautelarmente la denegación de asilo al interesado, pendiente de extradición a la República de Kazajstán por el Gobierno de España

**Ante la ejecución de la resolución de denegación de asilo y de extradición a la República de Kazajstán, y ante la última solicitud de suspensión cautelar de tal ejecución, sustentada en la persecución que sufre el recurrente por parte de las autoridades kazajas, la AN concede la suspensión cautelar solicitada al considerar acreditado el temor del recurrente a sufrir malos tratos por haber pertenecido al entorno de uno de los disidentes políticos de tal República.**

La Audiencia Nacional, en un reciente Auto de 25 febrero 2014, sin entrar a valorar lo declarado en la jurisdicción penal, en la que se ha apreciado la sospecha de una situación de «riesgo real» de que el solicitante de asilo sea sometido a tortura y malos tratos, ha concedido al interesado, perteneciente a la República de Kazajstán, la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución del Subsecretario de Interior que le denegaba el asilo, suspendiendo, por ende, la extradición solicitada por las autoridades de Kazajstán.

Declarada procedente la citada extradición contra el recurrente, y desestimado el posterior recurso de súplica contra tal declaración, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros se había acordado la entrega en extradición del recurrente a las autoridades solicitantes. La existencia de estas circunstancias nuevas, acontecidas con posterioridad, ha conducido a la Sala de la AN a pronunciarse sobre la nueva solicitud de suspensión cautelar presentada por el recurrente.

No obstante, es importante subrayar que el acto del que se solicita la suspensión es la mencionada resolución del Subsecretario de Interior, y no el citado acuerdo del Consejo de Ministros ni las posteriores resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento de extradición.

En lo que se refiere a las medidas cautelares, cuya finalidad es garantizar la efectividad del futuro pronunciamiento del Tribunal competente, el primero de los criterios que debe ponderar el Tribunal para abordar la petición de justicia cautelar es el periculum in mora. Así, la ponderación de los intereses del recurrente

frente a los que motivaron la denegación del asilo conduce a la AN a concluir que la salida del recurrente del territorio nacional constituiría una situación irreversible que podría hacer ineficaz el procedimiento.

Por su parte, la resolución denegatoria, que dentro de la sistemática de la Ley de Asilo debe reputarse excepcional, adolece de una motivación suficiente que permita acoger el alegado peligro para la seguridad nacional que impide el reconocimiento del asilo solicitado, sin que tampoco el informe del CNI al que la resolución denegatoria se remite de forma implícita haya sido o sea objeto de valoración o análisis alguno. Pero además, el que el recurrente haya puesto en conocimiento de la Sala los hechos y circunstancias que le llevan a pensar que se trata de una persecución de carácter político, hace que la AN aprecie la existencia de un riesgo real de que el solicitante de asilo sea sometido a tortura y malos tratos.

De esta manera, y ante la situación no sólo objetiva en la que se encuentra el recurrente, solicitante de asilo, sino de su situación subjetiva, derivada del posible riesgo que su entrega a las autoridades de Kazajstán puede suponer, la Sala ha considerado que concurren las circunstancias necesarias para adoptar, mientras no recaiga sentencia firme, la suspensión cautelar solicitada.

## Audiencia Nacional

AN, Sala de lo Penal, Secc. 3.ª, S 5/2014, de 24 Feb.

Ponente: Guevara Marcos, Félix Alfonso

LA LEY 7628/2014



# La AN absuelve a los padres de dos niñas nacidas y residentes en España a las que se practicó la ablación genital durante una estancia vacacional en Gambia

**La ablación la practicó la abuela sin consentimiento ni conocimiento de los progenitores. Exclusión de la autoría por comisión por omisión, imputada conforme al art. 11 CP, en su condición de garantes de las menores.**

Según los hechos probados, los padres de las menores eran naturales de Gambia, nacionalizados en España por residencia —el padre— y reagrupación familiar —la madre—, desde 1992 y 1997 respectivamente. Con motivo de un viaje a aquél país para pasar unas vacaciones, ambas niñas fueron reconocidas ginecológicamente en el centro de asistencia primaria de Lloret de Mar (Gerona) donde residían, sin apreciárseles lesión alguna, siendo



la procesada informada de las consecuencias sanitarias y legales de la práctica de la mutilación genital femenina, costumbre ancestral en determinados países africanos, entre ellos Gambia.

La madre se desplazó con sus cuatro hijos sin el padre por motivos laborales a la localidad de Gambissara, donde permanecieron dos meses. En este periodo la madre se desplazó a otra localidad para visitar a unos familiares y dejó a sus hijos a cargo de la abuela, quien practicó ella misma la ablación de sus nietas, de 3 y 8 años de edad. Las lesiones fueron apreciadas por los facultativos del centro de atención primaria tras un nuevo reconocimiento médico en 2011, ante un nuevo viaje que la familia iba a realizar a Gambia.

El MF solicitaba para los acusados una pena de seis años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial, al calificar los hechos en su escrito de conclusiones como constitutivos de un delito de lesiones del art. 149.2 CP, pero la Sala de lo Penal de la AN, que ha conocido de la causa, ha dictado fallo absolutorio.

Considera este Tribunal que si bien el *factum* «objetivamente» integraría el delito por el que se formula acusación —delito de mutilación genital femenina—, comprendido además en el art. 23.4 LOPJ entre aquéllos de los que es competente la jurisdicción española si han sido cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional —siempre que los responsables se encuentren en España—, no lo constituye respecto a los aquí acusados al faltar el elemento subjetivo de la culpabilidad.

Argumenta la AN que lo que excluye la autoría por comisión por omisión imputada conforme al art. 11 CP, es la ausencia del elemento culpabilístico que, junto a la antijuridicidad típica conformarían el ilícito penal. Al efecto, la Sala entiende determinante la exploración de una de las menores, cuya versión de los hechos califican los peritos psicólogos como creíble, en que manifestaba que cuando su madre se entera de que a ella y a su hermana las han mutilado genitualmente su abuela, al quedarse a su cuidado al ausentarse la madre por visitar a otros familiares, se enfada y discute con ella reprochándole su conducta, con la que mostraba desacuerdo y falta de consentimiento con dicha práctica.

El deber de garante de los padres como titulares de la patria potestad de las menores no puede comportar, en el presente caso, y acreditado que los padres ni consentían, ni querían la mutilación, sino que eran contrarios a ello, el que la familia no viajara a Gambia, país de origen donde residen los familiares más directos, lo que sería llegar al extremo de romper los lazos con el resto de la familia por la mera sospecha de que ocurriera la mutilación, afirma la Sala.

Por otra parte, tampoco puede tildarse omisión del deber de cuidado el que la acusada dejara a sus hijos, en su ausencia, al cuidado de la abuela, persona que indudablemente gozaba de su confianza y de la que no podía dudar de que hiciera un mal a sus nietas.

Por ello, su conducta, permitiendo el viaje y, ya en Gambia, dejando hijos al cuidado de la abuela, comporta la ausencia absoluta de culpa, ya a título de dolo, directo o eventual, ya a título de negligencia o simple culpa consciente.

Finalmente resaltar que esta argumentación está en línea con la reciente STS 939/2013, de 16 diciembre, que, revocando la dictada por la SAN 9/2013, de 4 abril, también absolvió a una madre por la ablación del clítoris a su hija practicada en Senegal, si bien en este caso antes de su llegada a España para la reagrupación familiar.

En aquélla resolución se consideró inexistente un error de prohibición invencible y, por lo que aquí interesa, se resolvió que, desde el punto de vista de la actuación omisiva o negligente, no puede tildarse de conducta irresponsable trasladar el cuidado y custodia de hecho a la abuela materna, si la madre, por imperiosas razones vitales de subsistencia, tenía que trabajar en el campo, lo que por sí mismo no implica aceptación del resultado de la extirpación del clítoris que padeció. ■