



**Tribuna**  
La libertad condicional anticipada por enfermedad grave 3



**Doctrina**  
Realidad contable y actitud ética de/en las sociedades cooperativas 8

## sumario

- **Tribuna**
  - La «propiedad temporal» o *leasehold*, posible fórmula para facilitar la inversión privada en inmuebles ocupados por la Administración **Juan A. PÉREZ RIVARÉS** 1
  - La libertad condicional anticipada por enfermedad grave. Su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la pena en fase de ejecución **Javier NISTAL BURÓN** 3
- **Doctrina**
  - Realidad contable y actitud ética de / en las sociedades cooperativas **Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ** 8
- **Jurisprudencia**
  - Abusos sexuales sobre dos menores en un centro de primaria 13
  - Grabación del juicio oral incompleta debido a un error informático no subsanado, que no afecta al derecho de defensa 13
  - Hay que impugnar los acuerdos comunitarios y no demandar directamente a la comunidad 14
  - Incompetencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la devolución del IVA 14

## TRIBUNA

LA LEY 16692/2012

# La «propiedad temporal» o *leasehold*, posible fórmula para facilitar la inversión privada en inmuebles ocupados por la Administración

Juan A. PÉREZ RIVARÉS  
Abogado. Socio de *Uría Menéndez*

*En el actual contexto de crisis, en el que las Administraciones Públicas se ven abocadas a intentar aumentar sus ingresos y disminuir sus gastos haciendo todos los ejercicios de imaginación posibles, quizá resulte interesante diseñar fórmulas que les permitieran transmitir a inversores inmobiliarios privados aquellos inmuebles de su propiedad en los que actualmente llevan a cabo sus actividades, pero permaneciendo, sin embargo, en ellos para poder continuar desarrollándolas, y conservando el derecho a recuperar la titularidad en el futuro. También parece atractiva esta posibilidad para los inversores privados que, de esta manera, se aseguran cierto retorno de su inversión a medio y largo plazo y consiguen componer una cartera variada de inversión inmobiliaria en la que estarían incluidos activos alternativos ocupados por las Administraciones Públicas y destinados a uso policial, judicial, penitenciario, sanitario, universitario o docente.*

### I. PUNTO DE PARTIDA

Dejando a un lado las fórmulas jurídico-públicas de naturaleza concesional (que, en determinados casos, pueden resultar poco atractivas para los inversores privados por las facultades exorbitantes que la Administración se reserva en el marco de la contratación pública), entre las diferentes fórmulas jurídi-

cas actualmente disponibles en nuestro Derecho privado que permitirían a un inversor (o una sociedad vehículo que podría aglutinar a una pluralidad de inversores) poner a disposición de la Administración inmuebles previamente adquiridos a esta, podrían citarse las siguientes:

a) arrendamientos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos y otorgados con carácter inmediatamente posterior a la adquisición del inmueble al (antiguo) propietario, que pasa a convertirse en (nuevo) arrendatario (*lease back*), como los recientemente concertados por la Generalitat de Catalunya en relación con edificios de oficinas, y que ya han sido objeto específico de análisis (1); sin embargo, esta fórmula presenta ciertos inconvenientes derivados de la actual configuración legal del arrendamiento (2) y dificultades de encaje con las limitaciones derivadas de la contabilidad pública a efectos de estabilidad presupuestaria —por lo que se refiere al concepto *triple net*—, además de que podría plantear problemas de imagen a los gestores públicos cuando se tratase de edificios emblemáticos (piénsese, por ejemplo, en las sedes ministeriales o de dependencias administrativas singulares) (3);

b) derechos de superficie, que se han constituido con éxito en nuestro país, por ejemplo, en relación con dependencias policiales, juzgados, escuelas públicas y otros activos inmobiliarios alternativos, si bien plantean dificultades por lo que se refiere a su hipotecabilidad y resultan absolutamente desconocidas para el inversor internacional (por mucho que tengan concomitancias con la figura del *ground lease* anglosajón); y

c) censos enfitéuticos que, si bien configurados como un dominio compartido por el Código Civil español, a diferencia de lo que sucede en la regulación del Código Civil de Cataluña (4), no son comunes en la práctica de nuestros días al concurrir en ellos características que limitan su utilidad (como su perpetuidad —sin perjuicio de su redimibilidad a voluntad



**Tribunal Supremo**  
**la sentencia del día**  
Efectos de la declaración de nulidad radical del despido del personal de Alta Dirección por vulneración de derechos fundamentales  
Ponente: Souto Prieto, Jesús. 6

del enfiteuta—o sus dificultades de hipotecabilidad) y, lo que es más importante, por ser totalmente desconocidos para los inversores internacionales por mucho que existan figuras que atiendan al mismo *nomen iuris* en países como Suecia, Holanda o Bélgica, donde han sido utilizadas en tiempos modernos para fomentar la promoción privada en suelo de titularidad pública (5).

A nuestro entender, la escasa utilización en este contexto de las instituciones actualmente existentes en nuestro Derecho no obedece únicamente a las desventajas identificadas, sino que radica además —y fundamentalmente— en que la Administración ya no es considerada por los inversores un deudor solvente. Conviene, no obstante, que en el momento en que la confianza en la solvencia de la Administración se restablezca, nuestro ordenamiento jurídico se halle en perfecto estado de revista.

## II. LA INTRODUCCIÓN DE LA «PROPIEDAD TEMPORAL» O LEASEHOLD EN NUESTRO ORDENAMIENTO

A la vista de las carencias identificadas en las instituciones existentes, cabría plantearse la conveniencia de que el legislador estatal (o el catalán, en el marco de su dinámico proceso de codificación civil) acometiera la tarea de introducir en nuestro Derecho, alternativa o cumulativamente a las deseables modificaciones del actual régimen jurídico del arrendamiento, la figura de la «propiedad temporal» o del dominio limitado en el tiempo, inspirada en la multisecular institución inglesa del *leasehold* inglés (regulada en la s. 1 *Law of Property Act 1925*) y que, en la práctica, permite al *leaseholder* «sentirse» y «mostrarse» como propietario frente a terceros.

Este derecho debería configurarse en nuestro ordenamiento de manera tal que (a) su duración fuera temporal (al igual que el derecho de superficie, pero a diferencia del censo), y el *leasehold* revirtiera al *freeholder* (propietario originario) al finalizar su duración (b) el *freeholder* mantuviera su titularidad dominical, pero al mismo tiempo —y a diferencia del censo enfiteútico— el *leaseholder* tuviera acceso al Registro —no como titular de un derecho real, sino abriendo folio registral separado— y el dominio pleno del inmueble durante un tiempo determinado (lo que mitigaría los problemas de imagen de los gestores públicos a que nos hemos referido) (c) el *leaseholder* pagara un importe periódico y/o un pago inicial al *freeholder* y (d) tanto el *freeholder* como el *leaseholder* pudieran transmi-

tir y gravar (hipotecar) sus respectivos derechos (6).

Bajo la figura de la «propiedad temporal» cuya regulación cabe considerar, *freeholder* podría ser la Administración o el inversor (o sociedad vehículo), según las necesidades y circunstancias del caso concreto. El esquema que a nuestro entender resultaría más atractivo para el inversor internacional (y, por tanto, más factible en la práctica) consistiría en que el *freeholder* fuera el inversor o la sociedad vehículo, que deviniera «propietario originario» mediante la adquisición de los inmuebles y, a continuación, constituyera una «propiedad temporal» en favor de la Administración transmitente (que sería, por tanto, el *leaseholder*) viniendo ésta obligada a realizar pagos periódicos (7).

Desde la óptica del inversor internacional sería clave que la regulación de la «propiedad temporal» que, en su caso, se alumbrara, permitiera al inversor o sociedad vehículo recuperar la posesión del inmueble de manera relativamente expeditiva en caso de que la Administración no efectuara los pagos periódicos convenidos.

En el esquema que consideramos más factible en la práctica (aquel en que la Administración sería el *leaseholder*), este objetivo podría conseguirse configurando un procedimiento similar al desahucio al que el *freeholder* (inversor o sociedad vehículo) podría acudir en defensa de su derecho. Alternativamente, teniendo en cuenta que el concepto de renta o pensión no es imprescindible ni forma parte de la naturaleza de la propiedad compartida (a diferencia del arrendamiento o el censo), dicho objetivo podría conseguirse permitiendo al *freeholder* (el inversor o sociedad vehículo, en el esquema que consideramos más factible) resolver el título de transmisión de la propiedad temporal a la Administración por incumplimiento de la obligación de efectuar tales pagos periódicos, a cuyo efecto tales importes podrían configurarse como pagos aplazados del precio de compra de la propiedad temporal por la Administración. Ello debería permitir que los pagos periódicos al *freeholder* —así configurados— quedaran al margen de las dudas que suscita (en sede de arrendamientos) el pago de la totalidad de las rentas correspondientes al período de obligado cumplimiento. Lógicamente, esta última alternativa probablemente sería más coherente con la naturaleza de auténtica propiedad de carácter temporal de esta institución.

¿Qué ventajas reportaría la «propiedad temporal» (cuya introducción en nuestro Derecho cabe considerar) respecto de las figuras de Derecho priva-

do existentes en nuestro ordenamiento (arrendamiento, superficie o censo enfiteútico)? A nuestro entender, pueden señalarse, entre otras, las siguientes: a) hipotecabilidad (que facilitaría la obtención de financiación —hipotecar un inmueble gravado con enfiteusis puede ser difícil en la actualidad—); b) flexibilidad temporal (los derechos de superficie al uso, impulsados en su mayoría por la Administración, suelen regirse por unas condiciones cerradas por lo que se refiere a su duración, con una escasa reducción en el precio); c) familiaridad de los inversores internacionales con la institución, al tratarse de una figura de inspiración anglosajona que les resulta mucho más conocida; d) duración determinada (a diferencia del censo enfiteútico, con lo que se evitarían perpetuidades y malentendidos); e) mejor presentación pública, dado que la Administración, en tanto que *leaseholder*, podría abrir folio registral y «sentirse» y «mostrarse» como propietaria frente a terceros; f) libre disponibilidad de su derecho por ambos titulares (*leaseholder* y *freeholder*), siendo renunciables en dicha figura, a nuestro entender, tanteos y retractos; y, por último, g) coexistencia (en virtud de esta institución) de dos propietarios correlativos en el tiempo, que encajaría perfectamente con el concepto *triple net* que es clave para los inversores internacionales (así, durante la vigencia de la propiedad temporal, el IBI y otros gastos los asumiría el *leaseholder*, en tanto que auténtico propietario). Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la contabilidad pública a efectos de estabilidad presupuestaria y, en particular, por las reglas del Sistema Europeo de Cuentas Económicas (8) y por el Plan General de Contabilidad Pública (9).

En caso de acoger el legislador la figura de la «propiedad temporal», no estaría regulando una institución completamente ajena a otras existentes en nuestro Derecho vigente (como las que han sido citadas) ni a nuestro Derecho histórico: piénsese en la configuración medieval del dominio dividido (el directo del señor o concedente, y el útil del cesionario o enfiteuta) que se plasmó, entre otras instituciones, en las enfiteusis barcelonesas en su configuración histórica (10), en el derecho de foro (11) o en el dominio solariego que fue habitual en el marco de los señoríos nobiliarios leoneses (12).

En líneas precedentes hemos insistido en la importancia que tiene el que los inversores internacionales estén familiarizados con la institución que se emplee en este contexto y ello, a nuestro entender, concurriría tanto en el caso del arrendamiento *aggiornato* (en caso de acoger el legislador las modificacio-

nes de su régimen jurídico que entendemos convenientes) como en el caso de regular la «propiedad temporal» *ex novo* en nuestro Derecho. En ambos casos seguiría generando dudas (como en la actualidad) la actuación de nuestros Jueces en caso de que la acción de desalojo que ejercitara el inversor afectara a inmuebles destinados por la Administración a la prestación de determinados servicios públicos (piénsese, por ejemplo, en cárceles u hospitales); dudas que, en principio, no deberían suscitarse con relación a activos tradicionales, tales como los edificios destinados a uso de oficinas (13).

## III. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE «LEGE FERENDA»

Al objeto de asegurar que la nueva regulación del arrendamiento o de la «propiedad temporal» que se acogiese fuera de utilidad para facilitar la comercialización entre inversores internacionales de inmuebles ocupados por la Administración, convendría que dicha regulación fuera acompañada de las siguientes medidas complementarias:

a) la derogación o, cuando menos, modulación del precepto legal en virtud del cual determinadas dependencias de la Administración General del Estado seguirían teñidas de demanialidad, por mucho que fueran formalmente desafectadas para ser transmitidas, si —tras la transmisión— siguieran destinándose a su uso originario sin solución de continuidad [artículo 5.3 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (14)];

b) la modificación del marco tributario vigente: en el caso de arrendamiento *aggiornato*, para eliminar la carga fiscal que actualmente grava su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad; y en el caso de la «propiedad temporal», para reestructurar la imposición ligada a la transmisión inmobiliaria de forma que no quedasen gravadas las operaciones de cambio de propiedad necesarias para articular el esquema a la constitución o a la terminación de la «propiedad temporal», o lo fueran de tal manera que la carga fiscal total no hiciera inviable su ejecución en la práctica; y

c) la modificación en lo pertinente de la normativa administrativa al objeto de eliminar las trabas existentes para que las Administraciones, toda vez que su solvencia *per se* es un concepto discutible y discutido, pudieran ofrecer a los inversores garantías adicionales propias de la contratación entre privados, y en el mismo régimen, al objeto de hacer más atractiva la operación, siendo jurídicamente viables en la actualidad la entrega

de avales bancarios, la constitución de depósitos bloqueados o escrows (mediante los que se retenga, por ejemplo, parte del precio de adquisición) o incluso la constitución de prendas o hipotecas sobre ingresos privados o sobre bienes patrimoniales de la Administración que no se hallen materialmente afectos a un uso o servicio público (15).

#### IV. OTRAS VENTAJAS

Por último, no debe olvidarse que, según ha destacado con acierto el pro-

fesor NASARRE (16), la hipotética regulación de la «propiedad temporal» permitiría ofrecer ventajas adicionales (respecto a las que se derivarían del *aggiornamento* del arrendamiento) al margen del específico contexto en que estamos considerando su utilización (inversión en inmuebles ocupados por la Administración), tales como facilitar a los particulares el acceso a la vivienda en el actual contexto de crisis mediante el empleo un instrumento que conjuga las ventajas del dominio y del alquiler, con un elevado grado de flexibilidad y eficacia. ■

#### NOTAS

(1) *Permitaseme la remisión a PÉREZ RIVARÉS, J. A.: «El encaje del sale and lease back de edificios públicos en el Derecho español y comunitario», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2012, núm. 733, en prensa.*

(2) *Nos referimos a los inconvenientes derivados de la tributación indirecta derivada de la elevación a público del arrendamiento necesaria para su inscripción en el Registro de la Propiedad, de la no hipotecabilidad del arrendamiento y de otras cuestiones de tipo técnico, como las relativas a las dudas que suscita el pago de la totalidad de las rentas correspondientes al período de obligado cumplimiento (sobre este último aspecto, véase ALBIÑANA, I.: «Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario», Actualidad Jurídica Uriá Menéndez, 2011, número extraordinario, págs. 199-207), cuya reforma no se contempla entre las modificaciones cuya remisión a las Cortes ha sido aprobada por el Consejo de Ministros en su sesión de 24 de agosto de 2012.*

(3) *Tales problemas podrían intentar mitigarse mediante el establecimiento de opciones de compra en favor de la Administración, si bien (desde la óptica del inversor) ello sería en detrimento de la transmisibilidad de los inmuebles en el futuro.*

(4) *El artículo 565 del Código Civil de Cataluña configura al enfiteuta como único propietario, aunque de una finca gravada por el pago de un canon a un tercero.*

(5) *GONZÁLEZ BOU, E.: «El censo enfiteútico en Cataluña. Configuración actual y perspectivas de futuro», La Notaria, 2003, núm. 6, págs. 18-20.*

(6) *BALL, J.: «Fragmentando la propiedad para la asequibilidad: La shared ownership o "nuevas" tendencias en Inglaterra y Francia», en Nasarre Aznar, S. (dir.) y Simón Moreno, H. (coord.): El acceso a la vivienda en un contexto de crisis, Edisofer, Madrid, 2011, págs. 173-224; y FERRÁNDIZ GABRIEL, C. y NASARRE AZNAR, S.: «Métodos alternativos de acceso a la vivienda en Derecho privado», Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho, 2011, núm. 158, págs. 36-42.*

(7) *Podría resultar interesante estructurar la operación a la inversa (siendo freeholder la Administración, que constituyera una «propiedad temporal»), por ejemplo, en el supuesto de edificios singulares o no ocupados por la propia Administración, al objeto de permitir su explotación por terceros.*

(8) *A este respecto, conviene tener en cuenta las determinaciones establecidas por el Sistema Europeo de Cuentas Económicas SEC-95, en tanto que marco de referencia vinculante en materia de cálculo del déficit y deuda públicos [Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de*

*junio 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95), DOCE núm. L 310/1, de 30.11.1996].*

(9) *Aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, BOE núm. 102, de 28.04.2010.*

(10) *GONZÁLEZ BOU, E.: «Año 1879. El censo enfiteútico», La Notaria, 2003, núm. 6, págs. 215-217.*

(11) *SANCIÑERA ASURMENDI, C.: «El derecho de foro», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2011, núm. 57, págs. 793-814.*

(12) *RUBIO PÉREZ, L. M.: «El dominio solariego y territorial en el marco de los señoríos nobiliarios leoneses», Estudios Humanísticos. Historia, 2002, núm. 1, págs. 181-220.*

(13) *Con relación al desahucio en el contexto del sale and lease back de inmuebles ocupados por la Administración, véase PÉREZ RIVARÉS, J. A., op. cit. y, en el contexto de arrendamientos en general, LOSCERTALES FUERTES, D.: «Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales», Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín, 2004, núm. 253, págs. 9-10.*

(14) *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE n.º 264, de 04.11.2003). Conforme a este precepto legal, «Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público».*

(15) *Sobre esta cuestión, y en relación con las entidades locales, resulta de interés lo dispuesto en el artículo 173.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE núm. 59, de 09.03.2004): «Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».*

(16) *NASARRE AZNAR, S.: «La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda», en Nasarre Aznar, S. (dir.) y Simón Moreno, H. (coord.): El acceso a la vivienda en un contexto de crisis, Edisofer, Madrid, 2011, págs. 117-224.*



## Tribuna

La libertad condicional anticipada por enfermedad grave

LA LEY 16723/2012

# La libertad condicional anticipada por enfermedad grave. Su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la pena en fase de ejecución

Javier NISTAL BURÓN

Jurista del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias

*La libertad condicional actualmente comporta una fórmula sustitutiva de la ejecución de la pena impuesta que constituye el último grado del sistema penitenciario, también en los casos en los que esta libertad condicional se concede, por razones humanitarias, en los supuestos de enfermedad grave con padecimientos incurables. El autor de este artículo plantea la conveniencia de que en los casos de enfermedad grave, la libertad condicional tuviera la consideración de una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta, en vez de la actual consideración de último periodo de cumplimiento de la misma, lo que supondría un mayor grado de certeza del derecho en la ejecución penal.*

## I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Nuestro actual modelo de cumplimiento de condena, denominado de «individualización científica», en los términos que establece el art. 72.1 LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP), arranca de los modelos «progresivos» instaurados en Europa en sustitución de los modelos de ejecución americanos. La semejanza entre ambos modelos de ejecución penal radica en que los dos estén separados en fases o estadios, que en el «sistema de individualización» se denominan grados, con un denominador común, que es el de ir disminuyendo la intensidad de la pena con distintos regímenes de vida, que van evolucionando hacia estadios más próximos a la libertad.

Por su parte, la diferencia entre ambos modelos radica en que aquel —el progresivo— está basado en unos criterios rígidos, que exigen el transcurso automático de un tiempo mínimo para el acceso de unas fases a otras de las que

componen el sistema. Por el contrario, el sistema de «individualización» parte del principio básico de la no existencia de diferencias en los métodos de tratamiento según las fases, pues aquellos —los métodos— no están en función de estas —las fases— sino de las circunstancias personales de cada interno.

Pues bien, unos de los grados del sistema «individualizado», en nuestro sistema penitenciario es la libertad condicional, que es definida en el art. 72.1 LOGP, como el 4.º grado del sistema de ejecución penal, junto con los denominados primero, segundo y tercer grado.

Este denominado 4.º grado presenta notables diferencias con los otros tres grados del sistema penitenciario —primero, segundo y tercero—. La primera diferencia, es que este grado se cumple en libertad, lo cual no deja de ser una paradoja, que una pena de privación de libertad se cumpla, precisamente, estando libre. La segunda diferencia es que para acceder a este 4.º grado, obligatoriamente, se debe de pasar previamente por el 3.º grado, cosa que no



ocurre con ninguno de los otros grados del sistema, lo que supone conservar, en este caso concreto, una cierta reminiscencia del sistema progresivo.

## II. LA CONSIDERACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL COMO EL 4.º GRADO DEL SISTEMA PENITENCIARIO

La libertad condicional comporta en el ordenamiento jurídico actual una fórmula sustitutiva de la ejecución de la pena impuesta, que constituye el último grado del sistema penitenciario.

### 1. Los criterios de la clasificación penitenciaria en grados

La clasificación penitenciaria se lleva a cabo tras tomar en cuenta una serie de variables, tales como la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, todo ello en los términos descritos en el art. 63 LOGP.

La LOGP al establecer los criterios concretos de cada grado de clasificación deja que sea por vía reglamentaria —art. 102 del Reglamento Penitenciario (RP)— como se concreticen estas exigencias, determinando los criterios y las variables de la clasificación penitenciaria en cada grado concreto de los que prevé el sistema penitenciario —1.º, 2.º y 3.º—.

En concreto, para la clasificación en 2.º grado, se requiere que concurran en el interno unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia con pronóstico medio de reincidencia. Por su parte, para acceder al 3.º grado, se exige en los reclusos unos parámetros personales y penitenciarios que les capaciten para llevar a cabo ese régimen de vida en semilibertad. Por último, el 1.º grado se reserva a los internos calificados de peligrosidad extrema o de inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada.

### 2. La clasificación en 3.º grado del artículo 104. 4 del Reglamento Penitenciario

#### A) Antecedentes normativos

Los requisitos para el acceso al denominado 4.º grado del sistema penitenciario —libertad condicional— apare-

cen regulados en el Código Penal (CP), siendo estos según el artículo 98 del anterior Código de 1973, los cuatro siguientes:

— Encontrarse en el último periodo de la condena (es decir en 3.º grado).

— Haber extinguido las 3/4 partes de la condena.

— Merecer este beneficio por la intachable conducta.

— Ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad.

Sin que existiese pronunciamiento normativo en este precepto legal sobre la posibilidad de anticipar la libertad condicional en determinados supuestos, como podrían ser los septuagenarios y los enfermos incurables, sobre los que el Código Penal 1973 guardaba absoluto silencio, el Reglamento Penitenciario de 1981 (RD 120/1981 de 8 de mayo), que se dicta en desarrollo de la Ley penitenciaria, introduce en su articulado un precepto, que tampoco tiene respaldo en la citada Ley orgánica penitenciaria —el art. 60— con la siguiente redacción: «(...) los sentenciados que hubieren cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional. Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables» (1).

Este precepto planteó, en su momento, muchas dudas sobre su legalidad, dado su jerarquía de norma reglamentaria, dudas que vino a disipar el Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) mediante Auto de fecha 19 de agosto de 1988 en el que, a propósito de la incompatibilidad o no del art. 60 del Reglamento Penitenciario de 1981, con el art. 98.2 CP 1973, en esos momentos en vigor, se declaraba que «(...) no puede tener otro significado que el estrictamente humanitario de evitar que las penas privativas de libertad multipliquen sus efectos aflictivos perdurando cuando el recluso, bien a causa de su edad avanzada, bien a causa de un padecimiento muy grave de pronóstico fatal, se encuentra ya en el período terminal de su vida. No es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aun no estando respaldada por la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo está sin duda alguna por el artículo 10.1 de la Constitución, en

el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, y quizás por el artículo 15 de la misma Norma, que prohíbe las penas inhumanas (...)». Asimismo, el propio Tribunal Constitucional argumentó, la oportunidad de dotar de legalidad a las muchas resoluciones judiciales que fueron dictadas, al amparo de esa norma reglamentaria en aquellos momentos, entre otras muchas, en su Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre.

El precepto reglamentario del art. 60 RP, tendría consagración legal posteriormente al ser recogido en las previsiones de la reforma del Código penal operada por la LO 10/1995, de 25 de noviembre, que dio lugar al actual Código Penal de 1996, el cual desde su entrada en vigor, ha sufrido ya veinticinco reformas, de mayor o menor envergadura, hasta la fecha.

#### B) Problemática jurídica que plantea el denominado 3.º grado instrumental

La exigencia legal de tener que estar clasificado previamente en 3.º grado para acceder al 4.º, es decir a la libertad condicional, plantea serios problemas cuando esta libertad condicional es la anticipada por razones de enfermedad grave, pues en estos casos la clasificación en 3.º grado no se hace porque el interno sea merecedor de este grado de clasificación —tenga un pronóstico de inserción social favorable— se hace a los solos efectos de acceder a dicha libertad anticipada. En estos casos, la clasificación en 3.º grado tiene un puro carácter instrumental, simplemente, para posibilitar la tramitación de la libertad condicional anticipada por razones humanitarias, lo que permitirá al interno morir fuera del Centro Penitenciario, o vivir en mejores condiciones para su estado de salud que si continuara ingresado en el mismo.

Esta contradicción que se produce cuando se clasifica a un interno en 3.º grado, cuyas circunstancias personales y penitenciarias no le hacen merecedor del mismo, se salvaba jurídicamente a través de informes *pietatis causa*, de los Equipos de Tratamiento (hoy Juntas de Tratamiento después de la reforma reglamentaria del año 1996), para justificar, de alguna forma, que la gravedad de la enfermedad habilitaba para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad a quien no estaba, ni mucho menos, en condiciones para ello. Es decir, las razones de dignidad y humanidad operaban con preferencia frente a las posibilidades de reinserción del recluso gravemente enfermo.

Esta dificultad pudo ser soslayada legalmente en la reforma del Código Penal

llevada a cabo por LO 10/1995, de 23 de noviembre, suprimiendo la exigencia de que el recluso estuviera que estar clasificado en 3.º grado previo para acceder a la libertad condicional en los casos de enfermedad grave, pero no fue así y se mantuvo el requisito del 3.º grado previo para todos los supuestos de libertad condicional, incluido el caso de los enfermos incurables. Esta circunstancia motivó que el nuevo Reglamento penitenciario de 1996 (RD 190/1996 de 9 de febrero), cuya redacción coincidió en el tiempo con la de la reforma del Código Penal, introdujera un precepto nuevo en sustitución del anterior art. 60 RP, que es el actual art. 104.4 RP, y que viene a establecer, según su redacción, que a un recluso que sufra una enfermedad muy grave con padecimientos incurables se le puede clasificar en 3.º grado, aunque no reúna las circunstancias que la normativa penitenciaria exige para ello —adaptación para la convivencia con pronóstico de reincidencia bajo y de inserción social favorable— (2).

La solución arbitrada en el art. 104.4 RP, en el año 1996, aunque de naturaleza reglamentaria estaba en consonancia con las exigencias legales, tanto de la LOGP 1979, como del CP 1996, pero en el año 2003, la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, modifica, tanto la Ley penitenciaria, en lo relativo a los requisitos para el acceso al tercer grado, como en el Código Penal, respecto a los requisitos para el acceso a la libertad condicional, al exigir en uno y otro caso, la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito y, además, en el caso de los terroristas y miembros de organizaciones criminales, el abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de sus delitos. Estas exigencias, se mantienen en el actual art. 92.1 CP, introducido por la reforma 15/2003, de 25 de noviembre, que regula la libertad anticipada de los septuagenarios y de los enfermos graves, que solamente exceptúa, para estos casos, el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella o, en su caso, las dos terceras.

Así las cosas, el art. 92.1 CP, plantea el dilema de si un precepto reglamentario —art. 104.4— anterior a la reforma de dos leyes orgánicas, como son la ley penitenciaria y la del Código Penal, puede eximir de las referidas exigencias legales. Es decir, si un interno condenado por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, que no ha hecho frente a la responsabilidad civil, que no se ha separado de las directrices de la organización terrorista y que no se ha arrepentido de sus actos delictivos y pedido

perdón a las víctimas, puede acceder a un 3.º grado de tratamiento como paso previo para que se inicie su salida en libertad condicional por este art. 92.1 CP—enfermos graves con padecimientos incurables—.

### C) La interpretación jurisprudencial sobre la libertad condicional anticipada por enfermedad grave

La regulación de la libertad condicional anticipada por enfermedad grave actualmente es confusa, hasta tal punto que exige constante interpretación jurisprudencial, y lo es, entre otras razones, porque la libertad condicional aparece regulada en tres normas: el Código Penal, la Ley penitenciaria y su Reglamento de desarrollo. Esta diversidad normativa es favorecedora de contradicciones internas del ordenamiento jurídico, que precisan aclaración constante de la jurisprudencia.

#### a) En cuanto al concepto de enfermedad grave con padecimientos incurables

En la interpretación que jurisprudencialmente se ha hecho de este concepto, se hace hincapié en que, aunque pudiese pensarse que el legislador está pensando esencialmente en la aplicación de la libertad condicional para los enfermos terminales, el concepto de enfermo terminal no debe ser interpretado tan restrictivamente que pueda llegar a confundirse con enfermo agónico o cercano a la muerte, ni una interpretación gramatical, ni teleológica autorizan esa interpretación. En este sentido, es importante hacer referencia a la STC 48/1996, de 25 de marzo, en la que se accede a la libertad condicional por el art. 60 del Reglamento Penitenciario de una persona afectada por «una enfermedad coronaria grave e incurable, con un cuadro clínico de imprevisibles consecuencias, para cuyo tratamiento resulta inadecuado el ambiente carcelario, que incide negativamente en la patología por la ansiedad inherente a la privación de libertad (...) influyendo negativamente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aunque no exista riesgo inminente de su pérdida».

En el mismo sentido, de no restringir la interpretación de la enfermedad a la fase de terminalidad, la Sentencia 4540/1991, de 12 de septiembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo declaró: «En todo caso, la postura que adoptó el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria aparece conforme con el tenor literal del precepto (el SIDA ya desarrollado con pronóstico de fallecimiento a corto plazo cumple, sin duda,



los dos requisitos exigidos, pues se trata de una enfermedad que es, al tiempo muy grave e incurable) y también parece acorde con la finalidad humanitaria de tal forma que permitiría adelantar la excarcelación a algún momento anterior al de la muerte inminente, pues quizás debiera entenderse que no es el propósito de este artículo del Reglamento al que puedan sacarse de la prisión a los enfermos solo para que mueran fuera de la cárcel, pareciendo, por el contrario, lo más adecuado al espíritu de esta disposición el que pudieran permanecer en libertad alguna temporada anterior al momento del fallecimiento».

Otro argumento en este sentido, de no considerar que la enfermedad grave tenga que ser un estado agónico, es el que mantiene el Tribunal Supremo al poner en relación el concepto de enfermedad grave con la situación de los septuagenarios. Como afirma el ASTS de 19 de agosto de 1988, el citado precepto contempla los supuestos en que el recluso «bien a causa de su edad avanzada, bien a causa de un padecimiento grave de pronóstico fatal, se encuentra ya en periodo terminal de su vida», donde el Tribunal Supremo interpreta ambas situaciones como similares. Es evidente, que una persona septuagenaria no se encuentra en peligro inminente de muerte, por lo que no hay que exigirle esa condición al enfermo muy grave con padecimientos incurables, pues su fundamentación es la misma: que la privación de libertad no aumente sus efectos aflictivos en el periodo más o menos largo —pero incontestablemente terminal— de su vida.

En definitiva, que no se puede considerar como enfermo grave e incurable el que está en un estado preagónico. La Ley no busca la libertad de los agonizantes, pues el principio de humanidad y el respeto a la dignidad de la persona

son criterios de interpretación de la norma, pues al declarar la Constitución Española en su art. 10.1, que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad constituyen uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, está reconociendo el principio liberal, presupuesto de la negación de las penas inhumanas (art. 15 CE) por el cual cada hombre y consiguientemente también el condenado, no debe ser tratado nunca como medio o cosa, sino siempre como fin o persona.

#### c) En cuanto que exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social

La existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, requiere haber satisfecho la responsabilidad civil y, en el caso de personas condenadas por delitos referentes a organizaciones criminales y delitos de terrorismo, el abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de sus delitos. Como ya hemos apuntado el actual art. 92 CP, introducido por la reforma 15/2003, de 25 de noviembre, solamente exceptúa el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras pero no el resto de los requisitos.

La interpretación jurisprudencial ha entendido, que la pena privativa de libertad, que constitucionalmente está orientada a la reeducación y reinserción social, para los enfermos graves con padecimientos incurables deja de tener esta finalidad y, al perder ese fin primordial se reviste exclusivamente de los caracteres de castigo y de retribución pura y dura. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre, considera que «a la hora de conceder la libertad condicional en virtud de cuatro circunstancias, a una de

las cuales se le da prevalencia absoluta respecto de las restantes, por tratarse de enfermo muy grave con padecimiento incurable, en la extensión que se considere adecuada». Por ello, parece absurdo orientar la ejecución de la pena a la reinserción y la rehabilitación, es decir, a la convivencia responsable en libertad, si esa libertad ha de durar las pocas horas o días que mediaran entre la excarcelación y la muerte. Por ello, desde una perspectiva jurídica, una vez que se dé la situación de gravedad e irreversibilidad del padecimiento, carece de sentido, con carácter definitivo, la programación de un tratamiento rehabilitador o resocializador, respondiendo la permanencia en prisión del recluso, en estos casos, a consideraciones exclusivamente aflictivas y retributivas de la pena.

En resumen, que en los casos de enfermedad grave, el pronóstico favorable de reinserción resulta superfluo, teniendo en cuenta que nos hallamos ante un enfermo que lo único que habrá que procurarle es que queden suficientemente cubiertas las necesidades sanitarias y asistenciales del mismo. Por ello, expresamente el art. 196 RP, establece la necesidad de que conste la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando este carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior.

En cuanto a la necesidad de garantizar que la libertad condicional anticipada no suponga un riesgo intolerable contra la seguridad ciudadana, cabe la concesión de la misma condicionada al cumplimiento de una o varias de las reglas de conducta o medidas de las previstas en los arts. 83 y 96.3 CP.

### III. LA CONSIDERACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL COMO UNA MODALIDAD DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL RESTO DE LA PENA IMPUESTA

Como ya hemos referido, la diversidad normativa que regula la libertad condicional —Código Penal, Ley Penitenciaria y Reglamento Penitenciario— es favorecedora de contradicciones internas del ordenamiento jurídico, lo cual es contrario al principio de seguridad jurídica, que en palabras del propio Consejo de Estado «es uno de los elementos que constituyen el principio de legalidad, y comparte con él una misma finalidad y fundamento, siendo uno de sus aspectos fundamentales el que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse».

Partiendo del hecho inevitable de que cualquier decisión jurídica es interpre-

table, la Ley tiene que tender a ser clara para que pueda cumplir con la exigencia constitucional del principio de seguridad jurídica. De esta forma, la certeza del derecho en la ejecución penal podría conseguirse, en casos como los de la libertad condicional anticipada por razones de enfermedad grave con padecimientos incurables, si esta pasara a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena y en un solo texto legislativo —el Código Penal—. Al contrario de lo que viene sucediendo hasta ahora, que la libertad condicional aparece regulada en tres normas.

Esta consideración de la libertad condicional anticipada por razón de enfermedad grave como suspensión de la ejecución de la pena, se llevaría a cabo por los Jueces o Tribunales sentenciadores, sin la decisión de la Administración penitenciaria de clasificar al interno en 3.º grado, para que el órgano judicial pueda otorgarle la libertad condicional, como ocurre ahora.

La suspensión de la condena en fase de ejecución en casos de enfermedad grave, que así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del Juez o Tribunal, se estimen necesarios, debería hacerse sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito, una vez valorada la falta de peligrosidad relevante mediante el requerimiento al centro penitenciario del informe de pronóstico final.

Esta orientación de la libertad condicional, como suspensión de la pena por enfermedad grave en fase de ejecución, estaría en plena consonancia con la suspensión de la pena antes de que se inicie dicha fase de ejecución, que se regula actualmente en art. 80.4 CP, que permite que los Tribunales puedan otorgar la suspensión de la pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por otro motivo. Asimismo, estos dos mecanismos de suspensión —antes de ejecutar la pena y durante la ejecución de la pena— se complementarían con la posibilidad prevista en el art. 508.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que permite que el Juez o Tribunal puedan acordar, que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud.

Por último, señalar que esta consideración de la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, supondría que el tiempo en libertad condicional no se computara como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinaría la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo: si, durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declararían extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de libertad condicional —de suspensión de la ejecución del resto de la pena— comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba.

#### IV. CONCLUSIÓN

Una reforma del Código Penal que concibiera la libertad condicional en los casos de enfermedad grave con padecimientos incurables como una suspensión de la condena en fase de ejecución y no como un grado del sistema penitenciario, cuya concesión o denegación fuera competencia del Juez o Tribunal sentenciador, sin sujeción a requisito alguno, cuando el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, conforme a los criterios objetivos que se valoren por los servicios médicos forenses y sin intervención previa de la Administración penitenciaria acordando la clasificación en 3.º grado del interno, supondría introducir un grado de mayor certeza del derecho en la ejecución de la pena, lo que evitaría contradicciones internas del ordenamiento jurídico, como las que, inevitablemente, se van a producir siempre que la libertad condicional siga teniendo la consideración del último período del sistema penitenciario. ■

#### NOTAS

(1) Esta previsión ya figuraba en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, referida inicialmente solo a los septuagenarios y ampliada luego a los enfermos muy graves e incurables en la reforma llevada a cabo por RD de 29 de julio de 1977.

(2) Art. 104.4 RP, «Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad».

### Tribunal Supremo

## la sentenciadeldía

TS Sala Cuarta, de lo Social, S 18 Jun. 2012

Ponente: Souto Prieto, Jesús.

LA LEY 105955/2012

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

## Efectos de la declaración de nulidad radical del despido del personal de Alta Dirección por vulneración de derechos fundamentales

#### RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador frente a la sentencia del TSJ Madrid, que casa y anula, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, estima la pretensión actora y condena a la empresa a la readmisión forzosa con abono de los salarios dejados de percibir.

#### DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 3 y 11 RD 1382/1985 de 1 Ago. (relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección) (LA LEY 2054/1985); art. 53 CE (LA LEY 2500/1978); art. 56 ET 1995 (LA LEY 1270/1995).

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Sentencia del TSJ Aragón, Sala de lo Social, 14 Mar. 2007 (Rec. 122/2007).

### sumario

**DESPIDO RADICALMENTE NULO.—PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.—Efectos.—Aplicación de la doctrina constitucional que obliga a la reparación «in natura» de los derechos violados a consecuencia de la conducta antijurídica del empleador.—Límites a la posibilidad de extinción del contrato por desistimiento «ad nutum» del empresario.**

La regulación específicamente laboral de la relación de trabajo de los empleados de alta dirección se limita a lo establecido en el RD 1382/1985 de 1 Ago. (relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección), rigiéndose en lo restante por la autonomía de la voluntad y por la legislación civil y mercantil —art. 3 RD 1382/1985—. La regulación del desistimiento y del despido disciplinario en el art. 11 RD 1382/1985 no contiene previsión alguna de indemnización de salarios de tramitación, ni remisión expresa al art. 56 ET 1995 (LA LEY. 1270/1995), por lo que dicha norma estatutaria es inaplicable. En el presente litigio no se discute que la relación laboral entre las partes sea de alta dirección. El empleador comunicó al trabajador el desistimiento motivado en la pérdida de confianza, sin embargo, tanto para el juzgado como para la sala de suplicación, ha quedado acreditado que se trató de una represalia por el ejercicio de sus derechos fundamentales. La relación de trabajo de alta dirección es una relación fiduciaria, dotada por ello de un régimen especial de extinción cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en la misma dirección de excluir para este personal la indemnización y salarios de tramitación. Aunque el RD 1382/1985 regula la extinción del contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento «ad nutum» del empresario, esta extinción tiene el límite del respeto de los derechos fundamentales. Los supuestos en los que el ordenamiento jurídico admite la libre extinción de la relación laboral a instancia del empresario tienen como límite el respeto de los derechos fundamentales, que gozan de la máxima



protección. Es forzoso concluir que la única manera de reparar la vulneración de derechos fundamentales es condenar a la readmisión de la trabajadora, así como al abono de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la conducta antijurídica del empleador.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

**TERCERO.**- Se denuncia la infracción del art. 24.1 CE en relación con el art. 55.5 y 6 ET y art. 5 del Convenio 158 de la OIT, así como art. 113 de la LPL., argumentando, como la sentencia de contraste, que se apoya en la del TSJ de Aragón de 14/3/07, que cita, al no haberse condenado a la readmisión y abono de los salarios de trámite.

La regulación específicamente laboral de la relación de trabajo de los empleados de alta dirección se limita a lo establecido en el Decreto 1382/1985, rigiéndose en lo restante por la autonomía de la voluntad y por la legislación civil y mercantil (art. 3 Decreto 1382/1985). La regulación del desistimiento y del despido disciplinario en el art. 11 del Decreto 1382/1985 no contiene previsión alguna de indemnización de salarios de tramitación, ni remisión expresa al art. 56 ET, por lo que dicha norma estatutaria es inaplicable. La relación de trabajo de alta dirección es una relación fiduciaria, dotada por ello de un régimen especial de extinción cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en la misma dirección de excluir para este personal la indemnización y salarios de tramitación.

En el supuesto de despido declarado nulo, el art. 11, antes citado, en su apartado 3º, determina que los efectos condenatorios correspondientes se identifican con los que son propios del despido improcedente, readmisión o abono de la indemnización indicada, entendiéndose que ha de ser ésta última en caso de desacuerdo entre las partes.

Actualmente cabe cuestionar la licitud de la previsión del art. 11.3 del R.D. 1382/85, que regula la relación especial de alta dirección, en orden a los efectos del despido radicalmente nulo.

Compartimos el exhaustivo análisis sobre el origen y evolución de la doctrina constitucional sobre la nulidad radical que se hace en la sentencia del TSJ de Aragón de 14 de marzo de 2007, reproducida por la ahora recurrida del TSJ de Madrid, en los siguientes términos:

”Debe recordarse que la denominada nulidad radical del despido discriminatorio fue, en origen, una construcción del TC. En efecto, el ET de 10-3-1980 establecía en su art.55.4 que el despido nulo suponía ‘la readmisión inmediata del trabajador con abono de los dejados de percibir’. En el mismo sentido se pronunciaba el art. 103 LPL de 13-6-1980, salvo en el caso de despido de un trabajador suspendido el contrato de trabajo (que a la sazón era causa de nulidad), supuesto en el cual había de estarse a las normas aplicables en cada caso. Sin embargo esta LPL de 1980, al regular la ejecución de las sentencias de despidos, llevaba a cabo una equiparación de los efectos de la nulidad y de la improcedencia del despido porque la no readmisión del trabajador por el empresario tras la declaración de nulidad del despido (o su readmisión irregular) podían ser sustituidos por el Juez, en el seno del incidente de no readmisión, por una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 42 mensualidades, declarando el auto judicial extinguida la relación laboral con abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de aquella resolución (art. 211 de la LPL de 1980). La readmisión únicamente era obligatoria cuando el despedido era representante de los trabajadores (art. 212 de la LPL de 1980). Ello suponía que la LPL de 1980, salvo en este último caso, vaciaba de contenido la estabilidad real establecida por el ET de 1980 para los despidos nulos. En esta tesitura, fue el TC, a partir de la sentencia nº 38/1989, de 23-11, quien instauró la nulidad radical del despido discriminatorio, inicialmente respecto de los despidos antisindicales y después respecto de los despidos lesivos de los derechos fundamentales de los trabajadores, excluyendo la opción e imponiendo la readmisión del trabajador. Así, la citada sentencia del TC nº 38/1989 afirmó que ‘la nulidad es radical, y, por ello, comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos. La naturaleza de la obligación de readmisión y los medios de coercibilidad de la

misma y el tratamiento, en su caso, de los medios sustitutorios de la restitución ‘in natura’, son, por lo demás, materias que justificaran pronunciamientos ejecutorios en su tiempo y por el cauce previsto para la ejecución, mas que no reclaman ahora pronunciamientos ejecutorios en su tiempo y por el cauce previsto para la ejecución, mas que no reclaman ahora pronunciamientos previstos ante la eventualidad de obstáculos en la ejecución. La literalidad de los arts. 212 y 213 de la LPL no son un obstáculo a la plena efectividad del derecho o libertad conculcada, pues aunque se concreten a los delegados o miembros del comité de empresa, constituye cauce analógicamente aplicable a los otros supuestos de nulidad ‘ab radice’, sanción que comporta la violación de derechos constitucionales fundamentales”. Posteriormente, a partir de las sentencias del TC nº 7 y 14/1993, se extendió la categoría de despido nulo con nulidad radical al derecho a tutela judicial efectiva en su vertiente de proscripción de toda represalia derivada del ejercicio por el trabajador de acciones judiciales en defensa de sus intereses”.

Así pues, inicialmente la readmisión forzosa en caso de despido nulo con violación de derechos fundamentales la instauró el TC, apartándose del tenor literal de las normas legales vigentes a la sazón, como una consecuencia de la necesidad de reparar los derechos fundamentales violados, aplicando analógicamente a este supuesto un precepto de la LPL de 1980 que se refería a un caso distinto (el despido de representantes de los trabajadores).

Las sentencias del TC nº 14/1993, de 18-1 y 120/2006, de 24-4, explican que el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales conllevan que no pueda ‘anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación ‘in natura’ cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho’. Por su parte, la sentencia del TC 140/1999, de 20-7, establece que ‘la doctrina de este tribunal sobre la calificación del despido que vulnera los derechos fundamentales del trabajador como radicalmente nulo, con la consecuencia de obligada readmisión y con exclusión de la posibilidad de reemplazar ésta por el abono de una indemnización sustitutoria, se basaba en el rechazo que a este Tribunal mereció la declaración en estos supuestos de la improcedencia del despido, pues dicha declaración no cumpliría el deber de tutela que la Constitución impone al órgano judicial ‘ex’ art. 53.1 CE ni repararía la lesión sufrida al confirmar, por el juego de la indemnización sustitutoria de la readmisión, la eficacia extintiva de la facultad empresarial”.

Ello no supone que el art. 11.3 del Real Decreto 1382/1985, que no prevé la readmisión forzosa en caso de despido nulo, fuese un precepto vacío de contenido cuando se promulgó, porque cuando se aprobó este Real Decreto se consideraba nulo el despido con incumplimiento de requisitos formales, supuesto en el que sí procedía la exclusión de la readmisión forzosa”.

**CUARTO.**- En el presente litigio no se discute que la relación laboral entre las partes sea de alta dirección. El empleador comunicó al actor el desistimiento motivado en la pérdida de confianza, sin embargo, tanto para el Juzgado como para la Sala de Suplicación, ha quedado acreditado que se trató de una represalia por el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Aunque el Real Decreto 1382/1985 regula la extinción del contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento ‘ad nutum’ del empresario, esta extinción ‘ad nutum’ tiene el límite del respeto de los derechos fundamentales. Los supuestos en los que el ordenamiento jurídico admite la libre extinción de la relación laboral a instancia del empresario tienen como límite el respeto de los derechos fundamentales, que gozan de la máxima protección.

A la vista de la citada doctrina constitucional, podemos concluir, con la sentencia recurrida, que transcribe la citada del TSJ de Aragón de 14/3/07 que ‘si el TC inaplicó una norma a la sazón en vigor (el art. 211 de la LPL de 1980) y aplicó analógicamente otra a un supuesto distinto del previsto en ella (el art. 212 de la LPL de 1980) a fin de tutelar los derechos fundamentales vulnerados, imponiendo una readmisión forzosa que entonces no estaba prevista en la ley, en la presente litis forzoso es concluir que la única manera de reparar la vulneración de derechos fundamentales es condenar a la readmisión de la trabajadora, así como al abono de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la conducta antijurídica del empleador”.

Debemos, pues, declarar como doctrina unificada la mantenida en la sentencia de contraste, lo cual obliga a estimar el recurso y resolver el debate de suplicación en términos acordes con ella.(...) ■



## Doctrina

Realidad contable  
y actitud ética  
de/en las sociedades  
cooperativas

LA LEY 16691/2012

# Realidad contable y actitud ética de / en las sociedades cooperativas (\*)

Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ  
Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad de Murcia  
Campus de Excelencia Mare Nostrum

*La Ley 16/2007, de 4 de julio, de adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, modificó la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, para introducir aportaciones al capital que cumplan los criterios para ser clasificadas como instrumento de patrimonio. Y así lo están haciendo también las Comunidades Autónomas a través de la reforma de sus leyes de cooperativas. La cuestión no es baladí pues de su resolución depende que el capital de la sociedad cooperativa pueda ser registrado en el epígrafe de «Fondos propios» dentro del patrimonio neto, o en el epígrafe «Pasivo no corriente» o «Pasivo corriente», con las consecuencias que ello conllevaría tanto ad intra como ad extra en cualquier sociedad. La actitud ética de cada cooperativa y de quienes la integran puede ser un instrumento de gran utilidad para su estabilidad contable y financiera.*

## I. ACTITUD ÉTICA ANTE LA REALIDAD CONTABLE COOPERATIVA

El legislador cooperativo (estatal y autonómico) ha intentado minorar los efectos de la nueva realidad contable con la pretensión de evitar la consideración del capital social como pasivo financiero.

La Ley 16/2007, de 4 de julio, de adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, modificó la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas (LCoop) para introducir aportaciones al capital que cumplan los criterios para ser clasificadas como instrumento de patrimonio (1). Y así lo están haciendo también las Comunidades Autónomas a través de la reforma de sus leyes de cooperativas (2).

Desde una perspectiva general, estas reformas vienen a establecer que si la sociedad cooperativa dispone de un derecho incondicional a rechazar el reembolso de las aportaciones en caso

de baja del socio y estas no presentan una remuneración obligatoria, las aportaciones efectivamente realizadas se registran en el epígrafe de «Fondos propios», dentro del patrimonio neto. Sin embargo, si teniendo un derecho incondicional a rechazar el reembolso, las aportaciones deben retribuirse de forma obligatoria, las aportaciones se consideran pasivo financiero.

En el supuesto contrario, esto es, cuando la cooperativa no puede rechazar el reembolso y/o las aportaciones están retribuidas de forma obligatoria, se registran bajo el epígrafe «Pasivo no corriente» o «Pasivo corriente». Cuando la cooperativa no tenga un derecho incondicional para diferir el reembolso de las aportaciones (consideradas pasivo financiero) durante al menos un periodo de 12 meses siguientes a la fecha de cierre de balance, las debe clasificar como pasivo corriente (3).

El derecho incondicional a rechazar el reembolso puede ser total, es decir, sobre todas las aportaciones, o parcial, sobre una parte de ellas, aunque no estén individualmente identificadas (4). En este últi-

mo caso, la clasificación como patrimonio neto se extiende hasta donde alcance el derecho a rechazar el reembolso (5).

Ciertamente, el principio cooperativo de puerta abierta tal y como se ha desarrollado en España, hasta ahora acompañado en su vertiente de «salida» o baja del socio por el derecho económico al reembolso de sus aportaciones al capital social, se ve modificado cuando la sociedad cooperativa puede rehusar incondicionalmente ese reembolso. Pero la tradición cooperativa ha de enfrentarse a un nuevo marco contable y permitir la incorporación de distintas opciones con relación al carácter variable del capital social con el fin de evitar una mala imagen de la solvencia de la sociedad consecuencia de la reclasificación contable de su capital.

La reforma contable condiciona, pues, el régimen económico y del capital de las sociedades cooperativas. Se impone una importante reflexión en el seno de cada particular cooperativa puesto que el legislador ha dejado a la voluntad de los socios manifestada en estatutos la decisión de alterar o no el *statu quo*, esto es, de diferenciar entre aportaciones con o sin derecho a reembolso o no hacerlo; y de admitir o no retribución para las aportaciones sociales vía interés.

La información se convierte en elemento básico para afrontar tal decisión. Información para adoptar el acuerdo que resulte conveniente, información de quién o quiénes hayan de ejecutarlo, en su caso, e información por parte de quien deba soportar las consecuencias del mismo. Entendemos, no obstante, que la información ha de ir acompañada de una especial actitud del sujeto que ha de procesarla. Se demanda entonces de los socios y de los administradores una actitud ética y responsable pues a nadie se le escapa que la posición en el mercado de una sociedad con o sin fondos propios es radicalmente diferente. El comportamiento ético será el que pueda generar en los diversos grupos de interés confianza en la decisión.

No se ha de ignorar que en el comportamiento ético entran en juego diversas variables: a) la sensibilidad moral del sujeto (esto es, cómo entiende la dimensión ética de la situación), b) su juicio moral (o capacidad de juzgar qué alternativas son éticamente aceptables y cuáles no, y de determinar la honradez de la intención); c) su motivación moral (la voluntad de actuar éticamente y de asumir personalmente las consecuencias éticas de la actuación), y d) su virtud moral (actitud permanente y fuerza interior para actuar éticamente) (6).

El comportamiento ético de socios y administradores de la sociedad coo-

perativa es, pues, imprescindible para afrontar de modo eficaz, atractivo y consistente las consecuencias de la reforma contable. Comportamiento que no deviene de la Ley, ni responde a incentivos económicos, de reputación o de aceptación social, pero con el que se pretende que las acciones sean eficaces, atractivas y consistentes (7).

## II. PARA UNA ACTITUD ÉTICA DEL SOCIO

Los derechos y obligaciones que configuran la posición jurídica del socio en la sociedad cooperativa se convierten en el momento actual, como en tantas otras ocasiones, en ingredientes básicos para conformar su comportamiento ético, en este caso, con respecto a la decisión de que el capital social pueda o no ser conceptualizado como fondo propio o como pasivo exigible.

Los derechos, obviamente, se pueden o no ejercitar, pero aquellos que tienen que ver con la adopción, en su caso, del acuerdo relativo a la previsión estatutaria de un derecho incondicional a rechazar el reembolso, o con el pacto de retribuir con un interés las aportaciones sociales o no hacerlo, bien debieran ser objeto de ejercicio responsable y ético por el socio. Por lo que se refiere a las obligaciones, su incumplimiento conlleva, como es sabido, la correspondiente sanción, circunstancia que en el supuesto que nos ocupa se convierte en menor por cuanto el comportamiento ético del socio ha de motivar el cumplimiento de la obligación de que se trate.

Para conformar su criterio en cuanto a incorporar la regla de la posibilidad de rehúse incondicional del reembolso de las aportaciones sociales, o de la retribución de aportaciones, el socio ha de manejar fundamentalmente dos parámetros: internamente, su posición económica particular en la sociedad cooperativa en materia de aportaciones sociales, por la incidencia mayor o menor que, desde un punto de vista patrimonial, pudiera tener para el socio que se le rehúse el reembolso de su aportación cuando abandone la cooperativa o disfrutar de una remuneración por sus aportaciones; hacia el exterior, la mayor o menor imagen de solvencia de la sociedad cooperativa en la que se integra, según que su capital se pueda considerar fondo propio o pasivo exigible.

1. ¿Qué derechos ayudan al comportamiento ético del socio con relación al régimen económico y del capital en la sociedad cooperativa?

Teniendo en cuenta que la previsión de la naturaleza reembolsable o no de la aportación ha de constar en los esta-



tutos (art. 11.1.l y 51 LCoop), así como también el dato del devengo o no de intereses por las aportaciones obligatorias al capital social [art. 11.1.i) LCoop], el socio debería intervenir en la toma de estas decisiones. Bien como fundador, si las opciones se incorporan (en el sentido que sea) en los estatutos sociales originarios, bien como socio si se trata de modificar (o no) los estatutos de una cooperativa en funcionamiento (art. 45.1 LCoop) o de tomar decisiones con respecto al devengo de intereses [arts. 21.1.d) y 48.4 LCoop].

A) En tal sentido resulta imprescindible el ejercicio por el socio del derecho de asistencia, participación en los debates y formulación de propuestas —según la regulación estatutaria— y voto de las propuestas que se le sometan en la Asamblea General y demás órganos colegiados de los que forme parte [art. 16.2.a) LCoop].

No debieran los socios dejarse llevar por el desinterés en estas cuestiones; al contrario, deberían mantener un profundo debate presidido por la pretensión de viabilidad a largo plazo de la sociedad cooperativa.

B) El derecho del socio a causar baja [art. 16.2.f) LCoop] puede resultar un instrumento beneficioso a largo plazo para la sociedad cooperativa, particularmente ante un acuerdo o acuerdos de la Asamblea General —como de los que se trata— que implican, en su caso, la asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas no previstas en los Estatutos (arts. 17.4 LCoop) o la transformación obligatoria de las aportaciones con derecho de reembolso en caso de baja en aportaciones cuyo reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector [arts. 45.1.b) y 51.6 LCoop].

En efecto, pese a todos los problemas que la baja del socio puede ocasionar —por la minoración patrimonial que el reembolso de sus aportaciones provoca—, siempre será positivo que la sociedad cooperativa pueda continuar su andadura como empresa con los socios que asumen la nueva situación (y no con los disconformes con ella) y con una clara situación económica, favorable o no, pero al menos cierta (la resultante del balance tras el reembolso de aportaciones a los socios que han causado baja así como de la atribución, en su caso, de la cuota de liquidación que le corresponda por otros conceptos). Los administradores deberán desplegar la diligencia suficiente para estabilizar y mejorar dicha situación.

C) Es precisamente el derecho al reembolso de las aportaciones el que se verá afectado de optar la sociedad coope-

rativa por diferenciar en los Estatutos Sociales entre: a) aportaciones con derecho a reembolso en caso de baja y b) aportaciones cuyo reembolso en caso de baja pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector.

Ha de quedar claro que la LCoop no impone una adaptación de Estatutos para que todas las sociedades cooperativas sometidas a su ámbito de aplicación diferencien entre las clases de aportaciones indicadas. Se trata de una norma dispositiva y, por tanto, su asunción dependerá de la voluntad de los socios concretada en los Estatutos sociales.

Cada cooperativa, en función de sus circunstancias y de los posibles efectos que perciba de la reclasificación del capital social, se planteará o no modificar el régimen de las aportaciones sociales y, en caso de modificarse, diseñar el modelo que más se adapte a sus necesidades a partir de todas las opciones posibles (8).

Se ha de advertir que no se incluyen en este marco otros montantes derivados de la relación entre el socio y la cooperativa (9), que seguirán el régimen de liquidación que les corresponda de acuerdo con su naturaleza y que no está previsto en la legislación cooperativa sino en las normas mercantiles y/o civiles aplicables. Se trata de los retornos pendientes de pago, la participación en reservas repartibles sobre las que el socio tenga derecho, préstamos del socio a la cooperativa, derechos de cobro del socio derivados de su participación en la actividad cooperativizada o los intereses devengados por las aportaciones al capital social.

D) El derecho a percibir intereses por las aportaciones —en su caso— [art. 16.2.e) LCoop], merece ser uno de los más detenidamente analizados por el socio (y, obviamente por los órganos sociales).

Si bien desde una perspectiva personal e íntima la retribución vía interés puede suponer para el socio un incentivo en orden a proporcionar financiación propia a la cooperativa en forma de aportación al capital (mayor desembolso de la aportación obligatoria o solicitud de realización de aportaciones voluntarias), desde un punto de vista global y externo, tal retribución perjudica el balance y la solvencia de la sociedad cooperativa al convertir el capital procedente de las aportaciones así retribuidas en pasivo exigible (10).

La LCoop no advierte de esta circunstancia, pero son las normas contables las que lo indican. La sociedad cooperativa no debería entonces decidir solo si diferenciar o no entre aportaciones



con derecho a reembolso en caso de baja y b) aportaciones cuyo reembolso pueda ser rehusado en las condiciones ya dichas. De tener pactada retribución para las aportaciones sociales, debería también analizar la oportunidad de mantenerla.

La ética y la responsabilidad han de acompañar la compleja toma de postura del socio ante la retribución de las aportaciones, debiendo sopesar las diversas opciones: desde la no retribución hasta la retribución obligatoria, pasando por la retribución discrecional.

E) El derecho de información, ejercitado en los términos establecidos por la Ley, los Estatutos Sociales o la Asamblea General, en su caso [art. 16.2.h) y 3 LCoop], es sin duda el que proporcionará las bases para la actitud ética del socio ante las consecuencias de la nueva realidad contable.

Así, deberá ser consciente del contenido de los estatutos sociales y de las condiciones de su posible modificación, habrá de recopilar la información relevante contenida en los libros sociales (de socios, de actas de la Asamblea y del Consejo Rector), y sería conveniente que solicitara la aclaración sobre el estado económico de la sociedad cooperativa así como toda la información que afecte a sus derechos económicos y sociales. La importancia de esta información se ve respaldada al configurar la Ley como un derecho de minoría la solicitud de la misma y como obligación de los administradores de facilitarla por escrito (art. 16.3 LCoop).

F) No conviene olvidar la importancia que tiene en los momentos actuales el derecho del socio a una formación adecuada, y no solo en el ámbito de la formación profesional específica de los socios trabajadores y/o de trabajo [art. 16.2.h) LCoop], o en materias específicas de su actividad societaria o laboral y demás actividades coope-

rativas, sino fundamentalmente en los principios y valores cooperativos [art. 56.1.a) LCoop].

Para la Alianza Cooperativa Internacional (ACI), organismo máximo del Movimiento Cooperativo, las sociedades cooperativas se fundamentan en unos valores éticos que sustentan su cultura empresarial y su gestión responsable. «Las cooperativas se basan en los valores de ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad» (11). Los valores cooperativos son valores de ética empresarial (12) que se han de transmitir a las nuevas generaciones de socios para construir el sentido de pertenencia, fortalecer el compromiso personal con la cooperativa y motivar a las personas (13).

Quizá se deba admitir que estos valores no los lleva «incrustados» ninguna cooperativa (ni ningún socio) en su ADN, sino que se han de enseñar y practicar día a día para que se conozcan, mantengan y se renueven. La cultura cooperativa, aunque inicialmente pueda ser importada por los socios fundadores, raramente conseguirá reproducirse en la próxima generación de socios si no hay un proceso educativo consciente para recrear la identidad compartida, refundiendo los sentidos de los fundadores con los de las nuevas incorporaciones (14). El reto consiste, además, en que no exista incoherencia entre los valores declarados y los valores practicados.

El respeto a los valores cooperativos debería guiar la decisión del socio relativa a la nueva realidad contable.

## 2. ¿Qué obligaciones ayudan al comportamiento ético del socio con relación al régimen económico y del capital en la sociedad cooperativa?

Los deberes de los socios son conocidos por todos al constar en los Estatutos

## OPINIÓN

**A** l siempre complejo régimen jurídico de la sociedad cooperativa se ha unido en los últimos tiempos la complejidad derivada del necesario cumplimiento de las normas internacionales de contabilidad que, como se ha podido apreciar, afectan de manera muy significativa a esta forma social. No se escucharon suficientemente las voces que, de forma fundada, se mostraron disconformes con la nueva normativa contable en lo que se refería a las cooperativas y muy sensibles a los impactos negativos que la reclasificación del capital social en esta forma social podrían producir; ni se tuvieron en cuenta sus recomendaciones de prórroga indefinida de la delimitación entre fondos propios y ajenos establecidos en las Normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas de 2003 hasta que finalizara la reforma internacional. Recomendaciones que cobraban cada día mayor sentido ante las decisiones provisionales tomadas por el International Accounting Standards Board (IASB) en cuanto a clasificar el capital social de las cooperativas como patrimonio neto. Todavía a finales de 2011, la European Securities and Markets Authority (ESMA) solicitaba al IASB que retomara su proyecto sobre «Instrumentos financieros con características de Equidad» en orden a identificar las características que ha de reunir un instrumento para poder ser clasificado como de patrimonio o como de pasivo. Lo que demuestra que la adaptación de las normas internacionales de contabilidad a las especificidades de las sociedades cooperativas es una cuestión que sigue abierta al debate y en espera de una decisión definitiva. Formación, información, transparencia, cautela, prudencia y actitud ética y responsable han de ser los ingredientes con los que socios, administradores y sociedad cooperativa afronten su perspectiva económico contable.

Sociales [al igual que sucede con los derechos, art. 11.1.k) LCoop], señalando la Ley las obligaciones que, en especial, han de cumplir (art. 15.2 LCoop). De entre ellas adquieren una significación relevante para el tema que nos ocupa, las siguientes:

A) La obligación del socio de cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa [art. 15.2.a) LCoop], sin perjuicio del derecho a causar baja que, como se ha indicado antes, le asiste cuando hubiese salvado expresamente su voto o estuviese ausente y disconforme con cualquier acuerdo de la Asamblea General, que implique la asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas no previstas en los Estatutos (art. 17.4 LCoop), o en caso de transformación obligatoria de las aportaciones con derecho de reembolso en caso de baja en aportaciones cuyo reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector [arts. 45.1.b) y 51.6 LCoop].

De esta forma, si el socio no ejercita su derecho a causar baja, queda vinculado por la decisión de la mayoría, salvo que se hubiera incurrido en algunas de las causas de impugnación de los acuerdos de la Asamblea General (art. 31 LCoop) habida cuenta el carácter soberano de los acuerdos de la Asamblea en los asuntos que sean de su competencia.

B) La obligación del socio de cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan [art. 15.2.e) LCoop], cuya concreción se realiza por la ley, por los estatutos o por acuerdo de los órganos sociales competentes.

Y se deben considerar nuevas obligaciones económicas las derivadas de las siguientes decisiones de la sociedad cooperativa: i) que las aportaciones de los socios (obligatorias o voluntarias) tengan derecho de reembolso en caso de baja o que su reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector (art. 45.1 LCoop); ii) la transformación obligatoria de las aportaciones con derecho de reembolso en caso de baja en aportaciones cuyo reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector, o la transformación inversa (art. 45.1.2.º LCoop); o iii) suprimir el devengo de intereses.

Obviamente también es obligación económica la que recae sobre los socios trabajadores que permanezcan en la cooperativa de trabajo asociado cuando esta no acuerde el reembolso inmediato de aportaciones afectadas por el rehúse incondicional del Consejo Rector al reembolso [art. 45.1.b) LCoop], pues deberán adquirir esas aportaciones en el plazo máximo de

seis meses a partir de la fecha de la baja, en los términos que acuerde la Asamblea General (art. 85.3 LCoop).

C) Obligación económica ha de concebirse también la que deriva para el socio del régimen de responsabilidad por las deudas sociales que establece la ley (art. 15.3) y la responsabilidad quinquenal del socio que causa baja por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a la misma, hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social (art. 15.4 LCoop).

### III. PARA UNA ACTITUD ÉTICA DE LOS ÓRGANOS SOCIALES

#### 1. Para una actitud ética del Consejo Rector

La referencia al Consejo Rector ha de entenderse de forma genérica a cualquiera que sea la forma en que se organice la administración en la sociedad cooperativa pues, como es sabido, la mayoría de las leyes de cooperativas admiten también la figura del administrador único (art. 32.1 LCoop), incluso la de los administradores mancomunados.

El Consejo Rector, como «órgano de gobierno» (15), tiene encomendada por ley (art. 32.1 LCoop) la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la ley, a los estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General. Pero cabe un mayor grado de detalle con relación a sus competencias o facultades. Señalaremos tan solo aquellas que de forma más estrecha se relacionen con el régimen económico y del capital de la sociedad cooperativa.

A) Corresponde al Consejo Rector la llevanza de la documentación social y de la contabilidad. Tal facultad es al mismo tiempo un deber, el de llevar en orden y al día la misma y de manera adecuada a la actividad de la sociedad cooperativa (arts. 60 y 61 LCoop). Además ha de formular las cuentas anuales y procurar, en su caso, su auditoría, debiendo someterlas a la aprobación de la Asamblea General y proceder a su depósito en el Registro competente (de cooperativas o mercantil, según el caso).

Cabe presumir que el Consejo Rector (sus miembros) han de ser conocedores de las nuevas exigencias contables y de las consecuencias de las mismas, debiendo ser quienes proporcionen a los socios la información adecuada que les permita formar su juicio de opinión; opinión personal que al manifestarse a través de su voto en la Asamblea Ge-

neral permitirá la toma de postura de la Sociedad Cooperativa al respecto (16).

¿Cuál deberá ser el comportamiento ético del administrador? Para responder a esa pregunta se ha de atender a la recurrente materia de la profesionalización de los mandos de las sociedades cooperativas, al módulo de diligencia exigible a los miembros del Consejo Rector y al régimen de responsabilidad al que quedan sometidos.

El nombramiento como consejeros de personas cualificadas y expertas es aún excepcional en la sociedad cooperativa, precisando previsión estatutaria, no pudiendo exceder de un tercio del total de consejeros y sin que puedan ostentar el cargo de presidente o vicepresidente de la sociedad cooperativa. La regla general es, pues, que los administradores sean socios (art. 34.2 LCoop). Y cabría afirmar que no han de ser muchas las sociedades cooperativas que puedan presumir de una cualificada formación contable de sus consejeros, cualquiera que sea su procedencia.

Pero con conocimientos contables o sin ellos, los administradores (socios o no) han de cumplir su cargo de acuerdo a un determinado modelo de conducta. Ese modelo, si bien no se explicita en ningún precepto de la LCoop, puede ser conocido gracias a la remisión general que se realiza al régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas (art. 43 LCoop), contenido en los arts. 236 a 241 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) (17). La infracción por parte de los administradores de los deberes de conducta pautados por los arts. 225 a 232 LSC se convierte en fuente de su responsabilidad civil, de modo que tales deberes conforman el módulo de conducta diligente de los miembros del Consejo Rector (18). Siendo esto así, los consejeros deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, debiendo informarse de la marcha de la sociedad (art. 225 LSC); y como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad (cooperativa), y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos (art. 226 LSC).

La diligencia y lealtad exigen en primer lugar que los administradores se informen de la incidencia de las nuevas exigencias contables en el balance de la sociedad que gestionan, que trasladen tal información a los socios para que, reunidos en Asamblea General, adopten la decisión que la mayoría estime más oportuna y ajustada a la realidad de su concreta sociedad cooperativa (19).

B) La convocatoria de la Asamblea General corresponde al Consejo Rector



(arts. 23-30 LCoop) por lo que su diligencia y lealtad deberán traducirse en propiciar que la Asamblea de socios se reúna (debiendo convocarla) y adopte los acuerdos precisos (de modificación de estatutos, en su caso) para evitar, si así se estima de interés, que el capital social se pueda considerar pasivo exigible. Las materias a tratar serán fundamentalmente dos: a) incorporar o no la distinción entre aportaciones con derecho a reembolso o aportaciones cuyo reembolso en caso de baja pueda ser rehusado incondicionalmente; b) mantener o no la retribución de las aportaciones sociales, caso de devengar estas un interés.

C) El Consejo Rector es el órgano competente también en lo que hace a las relaciones entre el socio y la sociedad, pues califica y determina los efectos de la baja del socio, decide sobre su baja obligatoria (art. 17 LCoop) y ejercita la potestad sancionadora (en primera instancia) respecto de los socios [art. 18.3.a) LCoop].

Se deposita así en los consejeros (por imperativo legal) una posición de poder tan delicada, como lo es decidir sobre cuestiones que afectan a la persona del socio en su esfera personal y patrimonial, que requiere de ellos un comportamiento no solo diligente y leal, sino ético. Su «poder» en este ámbito debería venir acompañado de «autoridad» reconocida por los socios en la confianza que le generaran los miembros del Consejo Rector. Confianza en que las decisiones no serán discrecionales y arbitrarias sino que estarán basadas en justos motivos.

De incorporarse en los estatutos la categoría de aportaciones cuyo reembolso en caso de baja pueda ser rehusado incondicionalmente, es el Consejo Rector el órgano designado por la Ley para tal decisión pero esta no especifica justas causas para ese (posible) rechazo [art. 45.1.b) LCoop]. La «recuperación» o no (al menos de forma inmediata) de lo «invertido» por el socio en la cooperativa dependerá de la decisión del Consejo Rector, siendo aquel «el contratante débil» a quien se deberá proteger.

Se ha de incentivar, entonces, la confianza de los socios en los consejeros; confianza que será mayor cuanto más ético sea el comportamiento del Consejo Rector. Este, por su parte, deberá considerar la oportunidad de adoptar cuantas medidas protectoras del «contratante débil» fueran necesarias para minorar los efectos de su acuerdo, si este consiste en rehusar el reembolso.

D) El Consejo Rector el órgano encargado de solicitar, en su caso, la declaración de concurso de la sociedad

cooperativa (20), por lo que otro de los elementos que ha de considerar al ofrecer la información a los socios y a la Asamblea para que se adopten los acuerdos que resulten convenientes en la materia que nos ocupa, es la relativa a cual es y cuál sería la solvencia de la empresa si su capital social tuviera la consideración (en todo o en parte) de patrimonio neto o, por el contrario, de pasivo financiero. En tal sentido es tranquilizadora la Disposición Adicional Única de la Orden EHA/3360/2010 indica que la clasificación contable del capital social no afectará a su clasificación a los efectos de la Ley de cooperativas.

Como se observa, el Consejo Rector ha de dedicar recursos y tiempo para el desempeño de la tarea que la aplicación de las nuevas normas contables conlleva en las sociedades cooperativas. No es el momento de opiniones individualistas sino de una opinión colectiva, forjada con información, formación, confianza, responsabilidad y ética.

## 2. Para una actitud ética de la Asamblea General

Corresponde en exclusiva a la Asamblea General deliberar y adoptar acuerdos sobre toda decisión que suponga una modificación sustancial, según los Estatutos, de la estructura económica, social, organizativa o funcional de la cooperativa [art. 21.2.g) LCoop]. Además, la LCoop especifica que la modificación de estatutos y todo lo relacionado con las aportaciones es también competencia de la Asamblea [art. 21.2.c) y d) LCoop], entre otras materias.

Estas previsiones son suficientes para entender que la Asamblea General es el órgano que ha de decidir sobre todo lo que pueda repercutir en la reclasificación del capital social. Aun así, la LCoop especifica ciertas cuestiones:

A) La Asamblea General ha de decidir sobre la transformación obligatoria de aportaciones con derecho de reembolso en caso de baja en aportaciones cuyo reembolso puede ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector, o la transformación inversa (art. 45.1.2.º LCoop) (21). Y sabemos que el socio disconforme podrá darse de baja, calificándose esta como justificada.

B) Para asegurar el carácter de patrimonio neto de un porcentaje del capital social, los estatutos pueden que cuando en un ejercicio económico el importe de la devolución de las aportaciones supere el porcentaje de capital social que en ellos se establezca, los nuevos reembolsos estén condicionados al acuerdo favorable del Consejo Rec-



tor (art. 45.1.3.º LCoop) (22). No se menciona la Asamblea General, pero su intervención parece necesaria en la medida en que el precepto califica como baja justificada la del socio «que hubiese salvado expresamente su voto o estuviese ausente o disconforme con el establecimiento o disminución de este porcentaje». Actitud del socio que solo se puede producir en el marco de una Asamblea General.

C) En cooperativas de trabajo asociado, cuando causen baja obligatoria socios titulares de aportaciones cuyo reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector y la cooperativa no acuerde su reembolso inmediato, los que permanezcan en la cooperativa deberán adquirir esas aportaciones en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la baja, en los términos que acuerde la Asamblea General (art. 85.3 LCoop).

D) El acuerdo de la Asamblea General relativo al devengo de intereses para las aportaciones al capital social o para repartir retornos (art. 48.4 LCoop) (23) afecta de forma especial a los titulares de aportaciones cuyo reembolso ha sido rehusado por la cooperativa pues tienen preferencia para percibir la remuneración que se establezca en los estatutos si y en caso de disolución de la cooperativa participan en el haber social con carácter previo (art. 75.3 LCoop) (24).

La Asamblea General es pues, el órgano supremo de la cooperativa en las materias cuyo conocimiento le atribuye la LCoop y los estatutos sociales. Además puede fijar la política general de la cooperativa y debatir sobre cualquier asunto de interés para la misma. Ahora bien, la competencia de la Asamblea queda restringida a las materias que la LCoop no considere exclusivas de otro órgano social. Pero resulta relevante

que pueda impartir instrucciones al Consejo Rector o someter a autorización la adopción por este de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos (art. 21 LCoop).

## IV. ACTITUD ÉTICA DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA

La persuasión, la identificación con los objetivos de la empresa, el espíritu de equipo y un sentido claro de misión sirven para desarrollar el sentido ético de las personas dentro de las organizaciones (25).

Algunos autores distinguen tres niveles de calidad ética en las empresas (26): 1.º Empresas éticamente cumplidoras: aquellas que, además de secundar las normas (civiles, mercantiles, laborales, administrativas, fiscales, etc.) cumplirían también con las normas de la deontología profesional. Este enfoque, necesario si se espera una actuación ética, incide en el cumplimiento de lo regulado pero sin fomentar comportamientos éticamente buenos por sí mismos. 2.º Empresas éticamente sensibilizadas: aquellas que entenderían la ética no solo como un deber sino como un bien a lograr, por lo que se centrarían en el fomento de valores éticos positivos. 3.º Empresas éticamente excelentes: aquellas que se esfuerzan por contribuir al pleno desarrollo humano de sus miembros, de los implicados en el logro de su fin y de los afectados por su actividad. Esta noción incorpora los elementos de las anteriores (la norma y el bien) añadiendo el fomento de la excelencia del comportamiento humano (la virtud). Constituiría la opción más comprometida de las posibles visiones de la ética.

La aspiración de cada concreta sociedad cooperativa debiera ser la de poder



situarse en el nivel de las empresas éticamente excelentes.

## V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Al siempre complejo régimen jurídico de la sociedad cooperativa se ha unido en los últimos tiempos la complejidad derivada del necesario cumplimiento de las normas internacionales de contabilidad que, como se ha podido apreciar, afectan de manera muy significativa a

esta forma social. No se escucharon suficientemente las voces que, de forma fundada, se mostraron disconformes con la nueva normativa contable en lo que se refería a las cooperativas y muy sensibles a los impactos negativos que la reclasificación del capital social en esta forma social podrían producir; ni se tuvieron en cuenta sus recomendaciones de prórroga indefinida de la delimitación entre fondos propios y ajenos establecidos en las Normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas de 2003 hasta

que finalizara la reforma internacional. Recomendaciones que cobraban cada día mayor sentido ante las decisiones provisionales tomadas por el *International Accounting Standards Board* (IASB) en cuanto a clasificar el capital social de las cooperativas como patrimonio neto (27). Todavía a finales de 2011, la *European Securities and Markets Authority* (ESMA) (28) solicitaba al IASB que retomara su proyecto sobre «Instrumentos financieros con características de Equidad» en orden a identificar las características que ha de reunir un ins-

trumento para poder ser clasificado como de patrimonio o como de pasivo. Lo que demuestra que la adaptación de las normas internacionales de contabilidad a las especificidades de las sociedades cooperativas es una cuestión que sigue abierta al debate y en espera de una decisión definitiva. Formación, información, transparencia, cautela, prudencia y actitud ética y responsable han de ser los ingredientes con los que socios, administradores y sociedad cooperativa afronten su perspectiva económico contable. ■

## NOTAS

(\*) El presente trabajo es una versión revisada que tiene como base la colaboración de la autora con la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES) para la redacción del Documento: «Para una ética contable en las Cooperativas (Aplicación de la Orden EHA/3360/2010 y resoluciones del ICAC)», DL: M-44755-2011. El trabajo se enmarca en los siguientes programas y proyectos: 1. «Las Sociedades de Capital en el Siglo XXI» (Programa de Generación de Conocimiento Científico de Excelencia de la Fundación Séneca, II Plan de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia -Ayuda PHCS 2010-; núm. 15420/PHCS/10. 2. «Crisis económica y Derecho de Sociedades» (Proyecto DER2010-18650 -Convocatoria BOE 31-12-2010-).

(1) Véase Disposición Adicional cuarta de la Ley 16/2007 y arts. 45.1, 48.4 y 51 LCoop.

(2) Dichas modificaciones del régimen económico de las cooperativas no dejan de ser forzadas (y ad hoc) por una norma contable y no es, desde luego, una situación deseable y más teniendo en cuenta que la normativa internacional está sujeta a cambios. Así, SERVER, R. J. / POLO, F., «Las cooperativas en la agenda contable de los reguladores contables internacionales», Revista AECA, núm. 87, septiembre 2009, págs. 78-82, pág. 80.

(3) Plan General de Contabilidad (PGC), norma 6.b parte III. Las cooperativas cuentan con una norma contable específica, la Orden EHA/3360/2010 por las que se aprueban las Normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas (que deroga la Orden ECO/3614/2003), que adapta las condiciones concretas del sujeto contable. Dichas Normas son obligatorias para todas las cooperativas, a excepción de las de crédito y seguros, que se rigen por sus disposiciones específicas contables.

(4) Pero deberían poder ser identificadas individualmente, para poder saber quién es el socio afectado por ser titular de la aportación o aportaciones cuyo reembolso puede ser parcialmente rehusado por el Consejo Rector.

(5) Sobre todos estos extremos, con detalle, especialidades y concreta exposición de ejemplos, POLO GARRIDO, F. / MOLINA SÁNCHEZ, H., Documento AECA 1. Contabilidad de Cooperativas, Fondos Propios en las Cooperativas, págs. 28 y ss.

(6) Sobre las cuatro dimensiones expuestas, MELE, D., «Ethical Education in Accounting: Integrating Rules, Values and Virtues», Journal of Business Ethics, núm. 57, 2005, págs. 97-109.

(7) Esto es, que sean «buenas» decisiones: ARGANDOÑA, A., «La ética y la toma de decisiones en la empresa», *Universia Business Review*, núm. 30, 2011, págs. 22-31, pág. 30.

(8) Las cooperativas de gran dimensión y/o con mayor peso de las aportaciones sociales tendrían más razones para modificar el régimen de las aportaciones, pero sus socios pueden ser más reticentes. Las cooperativas de menor tamaño, especialmente si el peso de las aportaciones sociales es pequeño las motivaciones para la adaptación serán escasas, pues el efecto de la reclasificación será mínimo, sin olvidar que, a efectos de financiación externa, esta ha de garantizarse por otras vías.

(9) Los que la LCoop no incluye en el cómputo de la liquidación de las aportaciones sociales. Por ejemplo, el fondo de reembolso, que sí se incluye en tal liquidación.

(10) Si la retribución es obligatoria perjudicará la información sobre la solvencia de la cooperativa al clasificarse las aportaciones al capital social como pasivo (deuda).

(11) Declaración sobre Identidad y Principios Cooperativos, Manchester 1995.

(12) MOZAS MORAL, A. / PUENTES POYATOS, R., «La responsabilidad social corporativa y su paralelismo con las sociedades cooperativas», *Revesco*, núm. 103 - Tercer Cuatrimestre 2010, págs. 75-100, págs. 89-90.

(13) GARCÍA JANÉ, J., «Educar en ética cooperativa», *Nexe* 26.

(14) GARCÍA JANÉ, J., «Educar en ética cooperativa», *Nexe* 26.

(15) Pero no único órgano de gobierno de la sociedad cooperativa, pues el gobierno de esta se distribuye con base en el principio de competencia entre Asamblea General, que ha de ser considerado como el órgano supremo de la cooperativa, el Consejo Rector y la Intervención. Incluso se alude a la existencia de una corresponsabilidad entre todos estos órganos en lo que se refiere al gobierno de la Cooperativa. Sobre estas cuestiones, ALONSO ESPINOSA, F. J., «El consejo rector y el administrador único de la cooperativa», AA.VV., *Derecho de sociedades cooperativas de la Región de Murcia* (Dir. Alonso Espinosa, F. J.), Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 265-346, págs. 290-292.

(16) Como por ejemplo los nuevos ámbitos de decisión abiertos por la Consulta del ICAC de 30/09/2001, con base en la cual se puede configurar el capital social reembolsable manteniendo la clasificación contable como patrimonio neto en los casos en que el socio no pueda seguir

desarrollando su actividad cooperativizada por imposición legal, como en los supuestos de incapacidad y jubilación. Esto abre la posibilidad de un capital reembolsable, aunque solo en esas circunstancias.

(17) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), modificada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y reformada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

(18) Con respecto a la derogada LSA, ALONSO ESPINOSA, F. J., «El consejo rector y el administrador único», est. cit., pág. 330.

(19) La actitud de los administradores en estos extremos es fundamental. No solo para que la cooperativa adopte la decisión más beneficiosa, sino para no causar un daño a la sociedad o a sus socios del que deban responder por incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 236.1 LSC). Responsabilidad de la que no se podrían exonerar por el hecho de que el acto lesivo se hubiera adoptado, autorizado o ratificado por la Asamblea General (art. 236.2 LSC).

(20) Sin perjuicio de la actuación de la Asamblea General, de los derechos y obligaciones de los socios a este respecto, de los supuestos de responsabilidad previstos por las leyes, etc.

(21) Adoptado por la mayoría exigida para la modificación de los estatutos.

(22) Esta solución permite calificar una parte del capital social como recurso propio, pero deja de tener esa condición si el órgano competente no ejercita la facultad incondicional de rehusar el reembolso. Así, cada ejercicio económico podría «variar» la calificación del capital y, al final, la imagen de la cooperativa perdería «solvencia» por la inestabilidad del sistema de calificación de pasivo y patrimonio neto.

(23) El importe total de las remuneraciones al capital social no puede ser superior a los resultados positivos del ejercicio. El legislador atribuye (sin saberlo) la categoría de financiador externo al sujeto que ha dejado de ser socio por haber causado baja pero que mantiene en la cooperativa su dinero (aportación) ahora como depósito remunerado. Es justo que este sujeto vea retribuido su depósito, pero esta retribución no tiene que conectarse con la posibilidad de la cooperativa de decidir retribuir otras aportaciones o distribuir algún retorno, puesto que el origen de la retribución en uno y otro caso es muy diverso.

(24) «Mientras no se reembolsen las aportaciones cuyo reembolso pueda ser rehusado por el Consejo Rector, los titulares que hayan causado baja y solicitado el reembolso participarán en la adjudicación del haber social una vez satisfecho el importe del Fondo de Educación y Promoción y antes del reintegro de las restantes aportaciones a los socios». Se plantearán aquí problemas de derecho sucesorio cuando el socio con derecho a una cuota de liquidación en concepto de «reembolso rehusado» fallezca antes de la disolución y liquidación de la cooperativa; máxime cuando nadie puede prever la duración de una cooperativa constituida por tiempo indefinido.

(25) Sobre el particular, ROSANAS, J. M. / CUGUERO, N., «Las disfuncionalidades de los incentivos y la ética de los sistemas de control», *Universia Business Review*, núm. 30, 2011, págs. 44-55, pág. 55.

(26) Así, BAÑÓN-GÓMIS, A. / GUILLÉN-PARRA, M. / RAMOS-LÓPEZ, N., «La Empresa Ética y Responsables», *Universia Business Review*, núm. 30, 2011, págs. 32-43, págs. 35-37. Quedan al margen las empresas éticamente reprobables, esto es aquellas que habitualmente no se acogen a normas éticas, no cuentan con criterios éticos al tomar decisiones o que generalmente no actúan con criterios éticos.

(27) POLO, F., «Incidencia de la nueva normativa contable española en las sociedades cooperativas», *Revista Noticias del CIDEA*, julio 2008, págs. 76-78, pág. 78; POLO, F., «Adaptación al Plan General de Contabilidad de 2007 de las cooperativas y problemática del capital social», *Revista Agricultura y Cooperación*, julio-agosto 2009, núm. 290, págs. 30-31, pág. 31; SERVER, R. J. / POLO, F., «La adaptación al Plan General de Contabilidad de 2007 a las Normas sobre los Aspectos Contables de las Sociedades Cooperativas: una tarea pendiente», *Revista AECA*, núm. 83, 2008, págs. 83-85, pág. 85; SERVER, R. J. / POLO, F., «Las cooperativas en la agenda contable de los reguladores contables internacionales», *Revista AECA*, núm. 87, septiembre 2009, págs. 78-82, pág. 80. De la decisión provisional del IASB de 2009 cabía deducir que las aportaciones al capital social reembolsables a la baja del socio en las sociedades cooperativas serían clasificables como patrimonio neto.

(28) Véase, <http://www.iasplus.com/en/news/2011/November/esma-replies-to-iasb-agenda-consultation>. ESMA es una autoridad independiente de la Unión Europea que contribuye a salvaguardar la estabilidad del sistema financiero de la UE, garantizando el funcionamiento íntegro, transparente, eficiente y ordenado de los mercados de valores, así como la protección de los inversores.

## Audiencia Provincial de Barcelona

APB Secc. 10, S 31 Oct. 2011

Ponente: Vidal Marsal, Santiago.

LA LEY 294410/2011

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

# Abusos sexuales sobre dos menores en un centro de primaria agravados por prevalimiento de superioridad del autor, dada su condición de empleado de la escuela con funciones de conserje

### RESUMEN DEL FALLO:

La Audiencia Provincial de Barcelona condena por un delito continuado de abusos sexuales subtipo agravado por penetración, por un delito continuado de abusos sexuales y por un delito de amenazas, apreciando en todos ellos la concurrencia de las atenuantes de reparación parcial del daño y dilaciones indebidas, condenando igualmente por una falta de lesiones.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 21.5.6, 169.2, 181.3.4, 182.1.2 y 617.1 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

## sumario

**ABUSOS SEXUALES.**—Múltiples episodios de tocamientos a dos menores de edad de 9 y 10 años.—Delito continuado.—PRUEBA. Declaración de la víctima como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Requisitos jurisprudenciales. Credibilidad del relato de hechos, verosimilitud y persistencia en la incriminación ofrecido por la denunciante, corroborada por el resto de pruebas existentes.

La declaración de una persona menor de edad es plenamente hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, especialmente en delitos contra la libertad sexual, ya que por su propia naturaleza no suelen cometerse en lugares públicos ni en presencia de otras personas. Sin embargo, no pueden tener un valor absoluto y credibilidad ilimitada, pues como toda manifestación testifical está sujeta a errores o imprecisiones. De ahí que se exija que en su testimonio no se aprecie ningún indicio de fabulación, enemistad, ánimo de venganza u odio. Para fundamentar un veredicto condenatorio se exige, por consiguiente, que concurren todas las notas necesarias para atribuir al testigo único la garantía de plena verosimilitud y fiabilidad. Para ello, es esencial que su versión aparezca corroborada por, al menos, tres indicios incriminatorios compatibles que permitan enlazar el preceptivo silogismo de culpabilidad. Tales características se pueden resumir en las siguientes: a) ausencia de relaciones de enemistad previa entre autor y víctima; b) verosimilitud del relato por ser coherente, no inducido y corroborado en lo substancial por otros datos periféricos concurrentes; c) persistencia temporal en la imputación, sin contradicciones relevantes ni retractaciones dotadas de igual consistencia, y d) objetivación pericial de trastornos conductuales en la personalidad de la víctima que coadyuvan a establecer una relación de causa efecto entre la agresión denunciada y el daño físico, psicológico o moral propio de estas conductas delictivas. En el caso, concurren todas y cada una de dichas cuatro características esenciales, pues ambas menores han relatado con detalle lo que recuerdan de los hechos; su versión coincide

en lo básico con la confesión efectuada por el acusado, excepto en lo relativo a la penetración; no existe indicio alguno que permita sospechar actúan inducidas dolosamente por terceros o su entorno familiar; y finalmente, los informes técnicos emitidos por los facultativos son concluyentes en orden a la existencia de indicadores inequívocos de abuso sexual en la exploración psicológica de ambas menores.

## Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife

APSCT Secc. 5, S 27 Abr. 2012

Ponente: Mulero Flores, Francisco Javier.

LA LEY 85297/2012

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

# Grabación del juicio oral incompleta debido a un error informático no subsanado, que no afecta al derecho de defensa

### RESUMEN DEL FALLO:

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife y confirma la condena del acusado por un delito de coacciones en el ámbito doméstico.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

L 13/2009 de 3 Nov. (reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial) ; art. 172 CP 1995 (LA LEY 3996/1995); art. 743 LECrim (LA LEY 1/1882).

## sumario

**COACCIONES LEVES EN EL ÁMBITO FAMILIAR.—TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.**—Inexistencia de vulneración.—La mera existencia de un defecto procesal no es motivo de nulidad si no genera una verdadera indefensión en quien lo alega.—La falta de grabación total del acto del juicio no es generadora de indefensión para el condenado, en el caso.

A propósito de la ausencia de grabación del juicio, el art. 743 LECrim., tras la redacción dada por L 13/2009 de 3 Nov. (reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial) (LA LEY. 19391/2009), prevé el registro audiovisual de las sesiones del juicio oral pero, al mismo tiempo dispone la subsistencia del sistema tradicional del acta manuscrita elevada por el secretario judicial cuando los medios de registro previsto en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa. El recurrente en autos se ha limitado de forma genérica a manifestar la carencia de integridad del acta, cuando es lo cierto que el CD unido a las actuaciones recoge la grabación del juicio aunque incompleta, sin que conste que haya solicitado al juzgado su integración —sólo falta el informe del fiscal y la defensa—, pero amén de constar tal grabación en el sistema —según el certificado emitido por el secretario— la misma es innecesaria para examinar la corrección de la sentencia. Ha existido prueba plural, válidamente obtenida y correctamente valorada, integrada por el testimonio de la víctima, corroborado por la testifical tajante de los agentes de la guardia civil, quienes fueron testigos directos de los medios obstaculizadores del derecho que asiste a la víctima a entrar en su domicilio, lo que integra el tipo penal por el que se le ha condenado —el acusado impidió a la víctima la entrada pues estaba enfadado por haberse ido ésta a una fiesta—. La falta del resto del acta, que se debe sin duda a algún error informático no subsanado, no afecta lo más mínimo al derecho de defensa, estando los hechos correctamente calificados, por cuanto que



el art. 172 CP 1995 (LA LEY. 3996/1995) tipifica la coacción leve como delito, y en razón precisamente a que la víctima era esposa del acusado, incardinándose dentro de la violencia de género, siendo igualmente correcta la pena impuesta al haber tenido lugar en el domicilio de la víctima.

ascensor acuático en la piscina para su hijo aquejado de una gravísima enfermedad degenerativa, debe encauzar su pretensión a través de los procedimientos que establece la ley en materia de propiedad horizontal, no siendo procedente interesar la condena de la comunidad a realizar tal instalación al margen de la impugnación de acuerdos de la comunidad que considere le son perjudiciales.

### Audiencia Provincial de Valencia

APV Secc. 8, S 7 Mar. 2012

Ponente: Ortega Mifsud, María Fe.

LA LEY 81761/2012



Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

### Audiencia Provincial de Valencia

APV Secc. 9, S 8 Feb. 2012

Ponente: Caruana Font de Mora, Gonzalo María.

LA LEY 53000/2012



Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

## Hay que impugnar los acuerdos comunitarios y no demandar directamente a la comunidad

### RESUMEN DEL FALLO:

La AP Valencia revoca la sentencia del Juzgado y desestima la demanda de condena a la comunidad de propietarios a instalar un ascensor acuático en la piscina comunitaria.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Exp\_motivos. Arts. 10.2 y 16.2 LPH (LA LEY 46/1960).

## sumario

**PROPIEDAD HORIZONTAL.**—Demanda solicitando la condena a la comunidad de propietarios a instalar un ascensor acuático en la piscina comunitaria que permita acceder a la misma al hijo de la demandante, aquejado de una grave enfermedad degenerativa.—Desestimación.—Cualquier propietario puede pedir que la Junta de propietarios estudie y se pronuncie sobre cualquier tema de interés para la comunidad

En el caso, se está ante una comunidad en régimen de propiedad horizontal que expresa su voluntad a través los acuerdos de la junta de propietarios y por tanto, la actuación de la demandante y de la comunidad debe encauzarse a través de los mecanismos que la ley establece para el funcionamiento de la comunidad. Así, al amparo del art. 16.2 LPH cualquier propietario podrá pedir que la junta de propietarios estudie y se pronuncie sobre cualquier tema de interés para la comunidad; a tal efecto dirigirá escrito, en el que especifique claramente los asuntos que pide sean tratados, al presidente, el cual los incluirá en el orden del día de la siguiente junta que se celebre. La no inclusión en el orden del día de un punto interesado por un comunero al presidente no determina la nulidad del resto de acuerdos adoptados. El comunero podría asistir a la junta y reiterar la petición que ya dedujo al presidente y no fue atendida, y es ante la negativa a incluirlo el día de la junta cuando podrá presentar una demanda por el cauce del juicio ordinario para solicitar al juez que acuerde incluirlo y si es incluido en el orden del día pero no obtiene la aprobación que interesaba el propietario podrá impugnar el acuerdo en el caso de que el acuerdo le sea perjudicial. Es decir, la demandante que interesa la instalación de un

## Incompetencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la devolución del IVA

### RESUMEN DEL FALLO:

La AP Valencia revoca la sentencia de instancia y estima la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la acción planteada.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Art. 2 LJCA 1998 (LA LEY 2689/1998); art. 213 LGT (LA LEY 1914/2003); arts. 37, 38 y 227.2.2 LEC (LA LEY 58/2000); art. 71 L 22/2003 de 9 Jul. (concurzal) (LA LEY 1181/2003); arts. 86.bis, 86 bis y 86 ter.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985).

## sumario

**PROCEDIMIENTO CONCURSAL.**—Incidente promovido por el administrador concursal para reintegrar a la masa activa del concurso el IVA ingresado por la entidad adjudicataria de varios inmuebles de la concursada en proceso de ejecución hipotecaria. Falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil.—Apreciación de oficio.—Ninguno de los apartados del art. 86 ter LOPJ establece la competencia del Juzgado de lo Mercantil en relación a asuntos como el de autos, centrado en la devolución por indebido de un ingreso tributario.

Conforme al art. 86 bis y ter LOPJ que determina el alcance y contenido de la competencia de los juzgados de lo mercantil, y sentado que en el caso de autos no se ejercita una acción del art. 71 L 22/2003 de 9 Jul. (concurzal) (LA LEY. 1181/2003), sino una petición dirigida a la AEAT para que el importe ingresado por un impuesto deba ser calificado de indebido y reintegrado a la masa activa del concurso, cuando ello está siendo examinado en vía administrativa, resulta inviable solucionarlo por falta de jurisdicción. Existe abuso de la jurisdicción civil cuando se entra a conocer sobre la aplicabilidad de un determinado precepto de las normas reguladoras del IVA, que es el caso presente, como se desprende de la propia reclamación efectuada ante la AEAT y la contestación del abogado del Estado, razón por la cual se acoge la falta de jurisdicción y se deja sin efecto la sentencia del juzgado de lo mercantil. ■



### PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

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

### SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

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

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

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

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

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

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizueté González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maillo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià

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

Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.



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

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

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

ISSN: 1138-9907

D.L.: M-11197-2012